

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'INCLUSION DE LA DOT
SOUS LE RÉGIME DOTAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

LE MARDI 25 JUIN 1901, A 1 HEURE 1/2

PAR

PAUL ROUSSET

ÉTUDIANT DE LA FACULTÉ LIBRE DE LYON

Président : M. TISSIER, professeur.

Suffragants { MM. LOUIS LUCAS, professeur.
SIMONNET, chargé de cours.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1901

THÈSE
POUR LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'INCLUSION DE LA DOT

SOUS LE RÉGIME DOTAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

LE MARDI 25 JUIN 1901, A 1 HEURE 1/2

PAR

PAUL ROUSSET

ÉTUDIANT DE LA FACULTÉ LIBRE DE LYON

Président : M. TISSIER, professeur.

Suffragants { MM. LOUIS LUCAS, professeur.
SIMONNET, chargé de cours.

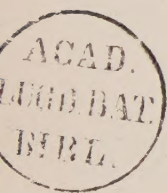
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901



DE

L'INCLUSION DE LA DOT

SOUS LE RÉGIME DOTAL

INTRODUCTION

A en juger par la statistique, qui nous permet de donner corps à nos observations et de les faire parler, et à considérer les tableaux officiels de l'Enregistrement, le régime dotal semble bien démodé, tout au moins dans l'ensemble de la France (1).

(1) Voici, en effet, d'après la statistique publiée par l'administration de l'Enregistrement, pour l'année 1898 (*Bull. de statistique et de législ. comparée*, 1899, t. I, p. 141), la distribution des contrats de mariage entre les différents régimes :

1° Régime de la communauté :

Communauté légale.	866
— réduite aux acquêts	67.288
— universelle	258

2° Régime exclusif de communauté :

Clause exclusive de communauté	1.694
— de séparation de biens.	2.128

3° Régime dotal :

Avec paraphernalité	2.849
Sans —	2.703
Avec société d'acquêts	4.560
Total.	82.346

Le chiffre de tous les régimes dotaux mélangés ou non est bien faible puisqu'il ne forme qu'un huitième du total des contrats. On

Et même, le mot peut paraître bien léger et bien faible pour exprimer le discrédit d'une institution qui semble répugner aux idées dominantes, aux habitudes, au courant général et qui, alors, ne peut plus être conservée dans son intégrité (1).

Ce qui fait que le régime dotal se déracine de plus en plus de notre sol, c'est précisément l'inaliénabilité dotale qui en est l'un des principaux caractères, le caractère essentiel, peut-on dire. En effet, si les pouvoirs du mari sur la dot, sous ce régime, diffèrent de ceux du mari d'une femme commune sur ses propres, ou d'une femme mariée sans communauté, sur l'ensemble de son patrimoine, il n'en reste pas moins qu'une femme dotale est avant tout une femme qui ne peut pas aliéner sa dot. Quelle que soit la conception juridique à laquelle on rattache cette interdiction pour la femme d'aliéner, qu'on en fasse une incapacité ou une indisponibilité, c'est elle qui domine et caractérise le régime dotal.

Or, aujourd'hui, tout le monde désire la pleine disposition de sa fortune soit pour l'augmenter et la faire prospérer dans des entreprises, et même dans des spéculations,

peut éliminer le régime de communauté légale des époux qui ne font pas de contrat, ces époux n'ayant pas et ne devant probablement pas avoir de fortune. Pour l'année 1898, ces mariages sans contrat étaient au nombre de 204.833 (*J. off.*, 5 déc. 1899, rapport au ministre du Commerce, du 27 nov. 1899).

(1) Dans l'étude de jurisprudence que nous entreprenons sur un point du régime dotal, nous n'aurons pas à nous demander, avec le Congrès des sociétés savantes de 1899, « les modifications qu'il pourrait comporter ».

Faisons seulement cette remarque qu'une réforme s'impose aux yeux des meilleurs esprits. « Le régime dotal, qui rend les biens dotaux inaliénables et insaisissables, disait M. Labbé, a, dans ces derniers temps surtout, abouti à des conséquences funestes et iniques. Il conviendrait législativement de le modifier et de le restreindre. Le moment n'est pas bien choisi pour l'étendre » (*Revue crit.*, 1887, p. 446).

soit pour la dépenser en s'attaquant au capital après avoir consommé les revenus peut-être insuffisants. Comme le dit M. de la Grasserie (1), « liberté, sauf responsabilité ! telle est la devise ». En matière de patrimoine, cette liberté est celle de s'enrichir ou de s'appauvrir à son gré ou à celui des circonstances (2).

Cette liberté n'est-elle pas, du reste, une nécessité économique ? A raison de l'inaliénabilité, la fortune de la femme restera stationnaire et ses revenus diminueront fatalement. Impossible d'en modifier la composition suivant les circonstances et d'après les règles d'une prudente administration ; pas moyen, par exemple, de se défaire d'une exploitation qu'on est las d'exercer, d'acheter un champ contigu à ses domaines en vendant celui qui en est éloigné, de substituer des rentes sur l'Etat qui ne demandent aucune administration à un domaine difficile à gérer ou à réparer, des maisons à des terres ou réciproquement (3). « La liberté des conventions mérite assurément

(1) *Bull. du comité des travaux hist. et scient., Sect. des sc. économ. et soc.*, 1900, p. 26 et s.

(2) Il faut bien remarquer que, sous le régime dotal, avant la séparation de biens, cette liberté appartient en partie au mari, étant donnés les pouvoirs de disposition que la jurisprudence lui reconnaît sur la dot mobilière. La femme conserve son action contre le mari, garantie par l'hypothèque légale.

A ce point de vue, il est vrai de dire, avec M. Aftalion, que « l'incapacité de l'épouse que l'on découvre dans l'inaliénabilité dotale se maintient alors que cette inaliénabilité diminue ; elle conserve au système dotal son caractère d'un régime de protection de la femme et apparaît plutôt que l'inaliénabilité comme le véritable trait caractéristique du régime dotal » (*La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires*, p. 188). Mais on sait que la séparation de biens a pour effet de détruire cette liberté et d'accroître par là l'inaliénabilité de la dot.

(3) Nous verrons que cette inaliénabilité de droit pour les biens dotaux s'étend en fait aux paraphernaux renfermant des valeurs dotales, lorsqu'ils ont diminué de valeur.

tout notre respect, disait M. Batbie (1) en parlant de la stipulation du régime dotal, mais il ne faut pas que cette liberté serve à couvrir d'entraves ceux qui contractent, et une prohibition n'est pas contraire aux principes, lorsqu'elle a pour but de protéger la liberté contre des conventions qui auraient pour résultat de la détruire. »

Il se pourrait bien, ajoutent les adversaires du régime dotal, que l'inaliénabilité, qui semble condamnée par l'économie politique, le fût aussi par la morale en certains cas. La ruine du ménage peut survenir au cours du mariage, et cela par le fait de la femme, par ses goûts de luxe. Néanmoins les pertes seront imputées sur le patrimoine du mari, et quoique la femme ait profité des dépenses, elle n'en supportera cependant aucune part, puisque le fonds dotal est inaliénable et insaisissable (2). Du reste, il n'est pas besoin de supposer la ruine du ménage pour faire ressortir ces inconvénients. Il suffit que les époux aient contracté des dettes, soit pour se livrer à une vie plus agréable et plus facile, soit pour assurer une meilleure éducation aux enfants. « La femme, dit Troplong (3), ne jouit-elle pas de ces douceurs ou de ces avantages ? pourquoi donc ne les payerait-elle pas ? n'est-elle pas capable d'engagements avec l'autorisation de son mari ? est-elle dans la bonne foi, quand elle résiste aux réclamations du créancier qui a loyalement prêté ses fonds à elle et à son mari, ou de la caution qui a répondu pour eux, ou de l'ouvrier qui a fait des fournitures pour les besoins de la maison ? Mariée en communauté la femme se couvrirait de honte, si elle venait à renier ses engagements.

(1) *Cours d'économie politique*, t. II, p. 103.

(2) Nous verrons que les paraphernaux renfermant des valeurs dotales sont insaisissables en fait à concurrence du montant de la dot incluse.

(3) *Du contrat de mariage*, Préface, p. CLV.

Mais il y a une autre morale pour la femme dotale : elle peut promettre et signer, elle n'est pas forcée de tenir... » Et Troplong résume tous ses griefs contre le régime dotal en lui reprochant d' « immoler la morale publique à l'esprit de conservation ».

Si complète que soit l'inaliénabilité voulue par la loi avec l'insaisissabilité et l'imprescriptibilité qui la fortifient, elle est néanmoins peu solide, si l'on songe au succès des fraudes par lesquelles les époux arrivent à la tourner. C'est là un des grands vices de la dotalité. Les époux accumulent les simulations pour se placer dans les cas exceptionnels où l'aliénation est permise et surprendre à la justice des autorisations d'aliéner ou d'hypothéquer (1). La femme cherche à s'évader d'un régime trop protecteur, qui se retourne contre elle, en éloignant les tiers.

Il faut en venir, en effet, aux conséquences de la dotalité et aux nullités qui frapperaient les individus assez imprudents pour faire confiance à la femme, afin de voir quels dangers renferme pour eux la règle de l'inaliénabilité. Les tiers peuvent ignorer que la femme est mariée sous le régime dotal, et n'auront pas eu l'idée de lui demander son contrat de mariage, s'ils habitent dans une région où ce régime est peu pratiqué. Ils traitent, et les voilà sous la menace de l'action en nullité, qu'ils ne peuvent même pas prévenir. Du reste se sont-ils renseignés, et ont-ils eu recours à la procédure incommode mise à leur disposition par la loi de 1850, tout péril n'est pas conjuré. La dotalité peut s'être rencontrée dans une acquisition antérieure ; parmi les précédents propriétaires peuvent

(1) En cas de dotalité incluse, c'est une question délicate que celle de savoir si cette autorisation est possible non pas pour aliéner ou hypothéquer les biens contenant la dot qui sont des paraphernaux, mais pour compromettre les deniers dotaux renfermés, dans les cas de l'article 1558.

s'être trouvées des femmes dotales et la prudence des tiers n'est pas même pour eux un gage de sûreté (1).

On voit combien variées et sérieuses sont les critiques que l'on adresse à l'inaliénabilité de la dot. Nous pourrions encore les multiplier. Citons seulement pour finir l'opinion d'un juriste philosophe. M. Boistel s'exprime ainsi, à propos du régime dotal : « L'inaliénabilité qui en est le trait caractéristique me paraît injustifiable en raison ; car elle constitue une sorte d'abdication par la femme de sa personnalité propre, du moins en ce qui concerne ses droits patrimoniaux (2). »

Malgré tant de raisons contraires, la jurisprudence a jugé bon d'étendre l'inaliénabilité de la dot mobilière qui était elle-même une de ses créations, aux deniers dotaux inclus dans les biens non dotaux, par acquisition, dation en paiement ou dévolution héréditaire, et de protéger de plus en plus étroitement des femmes dotales qui deviennent, semble-t-il, de moins en moins nombreuses (3).

C'est ce mouvement de la jurisprudence que nous nous proposons d'étudier. La rareté même du régime est peut-être précisément un motif pour signaler une évolution d'autant moins connue et partant d'autant plus dangereuse que la pratique y est moins familière. Du reste, si mince que soit l'intérêt utilitaire, n'y aurait-il pas un intérêt d'un autre ordre à illustrer par un très curieux exemple

(1) Nous aurons spécialement à signaler ces dangers dans l'hypothèse de la dotalité renfermée.

(2) *Cours de philosophie du droit*, éd. 1900, t. II, p. 100, note 1.

(3) Toutefois il ne faut rien exagérer. Si, à considérer la France dans son ensemble, le régime dotal est peu adopté, on peut néanmoins citer des régions où il semble prendre un regain de faveur. C'est ainsi qu'au Congrès des sociétés savantes de 1895, M. Morel d'Arleux signalait pour Paris un retour vers la dotalité (*Bull. du comité des trav. hist. et scient., Sect. des sc. écon. et soc.*, 1895, p. 402).

le pouvoir prétorien de la jurisprudence et à chercher l'imprévu et l'inédit dans une échappée « au delà du Code civil » (1)?

(1) Pendant un siècle, la doctrine a tiré tout le parti qu'elle pouvait, du terrain clos du Code civil. Elle l'a remué et fouillé dans tous les sens. Elle a déterré du « tréfonds de la loi » tous les trésors cachés, et y a fait toutes les trouvailles. Elle a édifié à la surface toutes les constructions juridiques dont ce terrain pouvait fournir la base. C'était « l'école des interprètes du Code civil ».

La doctrine regarde aujourd'hui « au delà du Code civil » et de ses bornes numérotées. Mais sitôt franchie la limite, se présente une question de méthode qui a divisé les juristes. Les uns, interprètes d'avant-garde, répudient tout contrôle du législateur dont ils ont quitté le domaine, et ne reconnaissent plus que les lois de « la libre recherche scientifique », qui doit « dégager du fonds commun de la nature des choses les règles objectives qui la garderont et la garantiront contre le subjectivisme de ses jugements ». M. Gény, à qui nous empruntons cette formule, s'est fait leur porte-drapeau, et a tracé leur programme dans sa « Méthode d'interprétation (et sources) en droit privé positif ». Ce travail magistral a provoqué l'admiration de tous les juristes. Mais certains ont fait leurs réserves, notamment MM. Saleilles et Lambert (V. aussi Glasson, *Séances et trav. de l'Acad. des sc. mor. et pol.*, 1900, t. I, p. 493).

M. Saleilles (dans la Préface du livre) craint pour la sécurité des intérêts privés, et préconise l'adaptation des créations nouvelles au cadre de la loi. L'idéal pour lui consisterait dans « l'épanouissement de constructions architecturales qui se renouvellent sans cesse, tout en ayant soin de s'adapter les uns aux autres et de former un tout harmonieux ». C'était la thèse qu'il soutenait déjà, dix ans auparavant. « En matière de droit privé, disait-il, l'œuvre progressive se fait par l'observation des besoins qui se font chaque jour; mais l'œuvre de conservation sociale se fait par l'adaptation des conceptions nouvelles aux principes juridiques que contient la loi écrite » (*Rev. intern. enseign.*, 1890, p. 502).

M. Lambert est du même avis. Il croit que l'interprète a aussi son œuvre à édifier, « mais une œuvre construite avec des matériaux fournis par la loi et que l'interprète n'est pas libre de combiner arbitrairement » (*Rev. intern. enseign.*, 1900, t. II, p. 228).

N'est-ce pas là aussi la méthode qui a illustré l'enseignement de Bufnoir? Nous retrouvons, sous la plume de Guillaouard, à propos de l'œuvre de ce jurisconsulte, les traits et presque les mots dont se sert M. Lambert pour définir l'interprète idéal. Son œuvre a con-

Les documents judiciaires ne nous feront pas défaut, ce qui prouve bien que dans cette interdiction d'aliéner si critiquée, et spécialement dans celle de compromettre les valeurs incluses, les femmes dotales trouvent des avantages qui les font s'en réclamer devant les tribunaux. Le plus souvent, en effet, elles auront eu soin, en adoptant le régime dotal, d'atténuer la dotalité pure par certaines combinaisons qui en diminuent les inconvénients.

Au type classique du régime dotal en nature, où les biens doivent être conservés tels quels, ne peuvent-elles pas substituer un régime dotal en valeur ? ne peuvent-elles pas stipuler que la dot pourra toujours être aliénée moyennant remploi ? De cette façon, on voit disparaître la mise hors du commerce des biens dotaux, exclusion préjudiciable à l'intérêt public autant qu'à celui des propriétaires. Une telle combinaison, comme nous le verrons, n'empêche pas la dotalité renfermée de se produire (1). L'inclusion de la dot peut avoir lieu si les époux ont convenu que le prix seul du remploi sera dotal, et d'autre part, croyons-nous, lorsque le remploi sera effectué irrégulièrement.

Dans son contrat, la femme peut surtout adopter le régime dotal en se réservant certains biens paraphernaux qu'elle pourra aliéner à son gré, avec l'autorisation du mari, et sur lesquels ses engagements seront exécutoires,

sisté à « construire un édifice nouveau avec les matériaux dispersés qu'avaient préparés les travaux des diverses écoles (exégétique avec Troplong, dogmatique avec Demolombe) depuis le commencement du siècle » (*Propriété et contrat*, Introduction, p. XXIII).

(1) Cette solution, toutefois, crée pour les tiers responsables du remploi (acquéreurs, cessionnaires, notaires, agents de change, etc.) des dangers presque aussi graves que l'inaliénabilité absolue. V. Robert, *De l'emploi et du remploi sous le régime dotal, principalement considérés au point de vue de la responsabilité des tiers*, thèse Paris, 1896.

pour le plus grand bien du crédit public et de l'équité.

Le régime dotal ainsi mitigé et combiné avec la société d'acquêts, semble présenter un tempérament et un heureux mélange d'indépendance et de subordination des intérêts de la femme. Mais il aura avant tout l'avantage de conserver une partie de sa fortune dans l'intérêt de la famille (1). Ce besoin se fait sentir aujourd'hui plus pressant que jamais. « Il est indéniable, fait remarquer M. Lambert (2), que la pratique moderne est très favorable aux diverses mesures par lesquelles un des époux profitant de la prospérité actuelle de ses affaires, distrait de son actif un fonds de réserve au profit de sa descendance, lui constitue ainsi une assurance contre les revers commerciaux et les surprises de la spéculation. »

Il cite à l'appui de sa thèse plusieurs évolutions intéressantes de la jurisprudence. C'est ainsi qu'elle reconnaît au profit des bénéficiaires de l'assurance-vie un droit exclusif de ceux des créanciers de l'assuré (3). De même nous assistons à une renaissance de la substitution fidéicommissaire sous le couvert d'un legs conditionnel. La Cour suprême a validé, par exemple, le testament qui instituait pour légataires plusieurs mineurs, avec cette clause

(1) « A Lyon, d'une manière générale, le régime le plus usité reste le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts. Toutefois, aussitôt qu'il s'agit d'une fortune d'une certaine importance, les parties ont généralement la sagesse de faire une part au régime dotal et d'y soumettre soit les biens à venir, soit une somme fixe ou une quotité de biens présents ou à venir ».

Telles sont les indications recueillies par M. Adam, dans l'enquête qu'il a poursuivie auprès des Chambres des notaires, et dont il a communiqué le résultat au Congrès de législation comparée, tenu à Paris en 1900 (*Bull. soc. législ. comparée*, 1900, p. 567). Il signale le même fait à Paris.

(2) En note dans *Pand. fr.*, 96.1.324, col. 1.

(3) V. notamment Cass. req., 22 juin 1894, *Pand.*, 92.1.449 et la note de M. Lefort.

que la part de ceux qui mourraient avant leur majorité sans avoir contracté mariage accroîtrait aux survivants : elle ne voyait pas là une substitution prohibée, mais bien deux legs conditionnels, l'un d'usufruit, l'autre de propriété (1).

Dans un autre ordre de faits, et si l'on sort du prétoire, on trouve une manifestation de la même tendance dans les nombreux travaux de législation sur la conservation du « bien de famille ». Ce mouvement est venu aboutir au Parlement sous forme de propositions de lois (2).

On voit donc que M. de la Grasserie s'avance un peu trop, lorsqu'il dit que « l'époque des substitutions, des inaliénabilités, des insaisissabilités est passée sans retour » (3). L'inaliénabilité dotale n'est pas absolument en

(1) Cass. civ., 18 juin 1873, S. 74.1.5, et la note de M. Labbé.

(2) Durant la législature de 1893 à 1898, trois propositions furent faites pour organiser en France un bien spécial étroitement lié, dans ses destinées, à la famille. Elles émanaient de M. Lemire, de M. Léveillé, de M. Hubbard.

Déposées en juin et juillet 1894, elles furent successivement prises en considération par les commissions d'initiative qui les examinèrent, et renvoyées à l'étude d'une commission spéciale. Cette commission leur était en majorité favorable, mais elle ne termina pas ses travaux. Aucun rapport ne fut fait et les propositions devinrent caduques.

Deux d'entre elles ont été reprises, pendant la législature actuelle : celle de M. l'abbé Lemire et celle de M. Léveillé, la première par son auteur, le 23 juin 1898 ; la seconde par M. Morillot, député de la Marne, le 8 juillet 1898. M. Léon Vacher, député de la Corrèze, en a déposé une troisième, le 21 novembre 1898, de sorte qu'à l'heure présente, la Chambre actuelle, comme sa devancière, est saisie de trois propositions relatives au « bien de famille ». Elles ont été immédiatement prises en considération et renvoyées à la commission de l'agriculture.

Le régime proposé se résume dans les quatre points suivants, dont les deux premiers nous intéressent : insaisissabilité ; aliénation plus difficile ; indivision maintenue ; en cas de destruction, reconstitution du « bien de famille » par l'indemnité d'assurance.

(3) *Loc. cit.*, p. 27.

sens contraire du mouvement des mœurs. Elle a pu avoir un but d'ordre politique en droit romain, au temps où le régime dotal était le seul régime matrimonial (1). Plus tard, elle est devenue une règle protectrice pour la faiblesse de la femme (2). Mais si aujourd'hui la femme est frappée d'une incapacité, c'est une incapacité restreinte à certains biens, une incapacité « réelle » (3), dans l'intérêt de la famille. « Il faut avouer, dit M. Labbé (4), qu'une incapacité qui peut être restreinte à une partie de la fortune de l'incapable, qui n'existe que relativement à certains biens, offre à l'esprit quelque chose de bizarre. Mais remarquez que le législateur ne croit pas à la réalité constante et absolue de cette infirmité, ou comme disaient nos anciens auteurs, de cette imbécillité de caractère de la femme soumise à un époux ; autrement il en aurait fait sortir une règle générale et de droit commun ; il aurait protégé la femme contre son mari comme il protège tous

(1) En l'établissant, Auguste a voulu garantir la restitution de la dot et faciliter un nouveau mariage aux nombreuses femmes rendues libres par le divorce. *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint.*

(2) En enlevant au mari le droit d'aliéner l'immeuble dotal, même avec le consentement de la femme, Justinien n'a pas eu pour but de favoriser les seconds mariages, mais de protéger la femme contre sa propre faiblesse, *ne fragilitate naturæ suæ in repentiam deducatur inopiam.*

C'est aussi l'idée que les interprètes du Code ont, en général, prêtée à ses rédacteurs. Remarquons qu'il n'y a là qu'une doctrine juridique, et que la loi ne connaît que des solutions et n'impose pas de doctrine. « Il y a une grande vérité dans cet adage que l'interprétation impérative des lois est une fonction législative. Qu'importent, en effet, les mots, les syllabes qui composent un texte de loi ? C'est l'esprit qui est la chose importante. Quiconque interprète la loi à sa volonté est législateur, comme tout protestant est pape la bible à la main » (Valette, *Mélanges*, t. I, p. 201).

(3) Lyon-Caen, en note dans S. 76.2.65.

(4) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856, t. II, p. 7.

les vrais incapables par des dispositions impératives. Dans notre matière et condescendant aux inquiétudes des familles, il abandonne à leur volonté le soin d'entourer la femme de garanties exceptionnelles, mais il leur laisse la liberté d'étendre ou de limiter ces dérogations au droit commun tolérées à regret, à une fraction quelconque du patrimoine de l'épouse. »

Cette fraction constitue elle-même, verrons-nous, un patrimoine distinct. « Il a pour objet de maintenir la famille à son rang et dans son milieu, et d'éviter dans une société agitée le déclassement trop facile et d'autant plus dangereux de ses membres. Parfois encore, il peut offrir au chef de famille le moyen de jouer une dernière partie dans l'intérêt commun, ou encore de sauver par un dernier sacrifice l'honneur du nom (1). » Ces considérations, envisagées par les époux, ne sont pas non plus étrangères aux parents qui, en établissant leur fille, subordonnent la constitution de dot, à l'adoption du régime dotal. « Il est plus facile d'inventer un contrat de mariage prohibitif que de vérifier chez un gendre les qualités nécessaires et de développer chez une fille une certaine énergie de volonté. Ce qui est devenu de race ne se change pas en une génération ; et il faut pourvoir au présent (2). »

C'est pour répondre à toutes ces préoccupations que la jurisprudence a bâti de toutes pièces la théorie dite de la dot ou de la dotalité renfermée (3), incluse (4), contenue (5), ou de la représentation des valeurs dotales (6).

(1) *Bartin, Etudes sur le régime dotal*. Préface, p. XI (*Travaux et mémoires des Facultés de Lille*, t. II, mémoire, n° 7).

(2) *Labbé*, en note dans *S.* 87.1.405, col. 2.

(3) *Escavy, De quelques extensions récentes apportées par la jurisprudence à l'inaliénabilité de la dot mobilière*, p. 66.

(4) *Vigié, Revue critique*, 1897, p. 481.

(5) *Aftalion, op. cit.*, p. 194.

(6) *Regnault, Etude critique de la jurisprudence relative à la représentation des valeurs dotales par des paraphernaux*.

Elle a fermé les ouvertures par où les deniers dotaux pouvaient disparaître et se perdre.

Nous rechercherons d'abord le fondement de cette construction juridique pour en éprouver la solidité et y déterminer l'assiette de notre théorie, après en avoir esquissé les grands traits. Puis nous entrerons dans le détail et nous dégagerons les lignes secondaires. Nous verrons successivement : les dispositions du contrat de mariage qui permettent, empêchent ou imposent la dotalité renfermée ; les faits qui la réalisent ; les conditions de publicité et de preuve. Nous passerons ensuite aux effets de cette quasi-dotalité, c'est-à-dire aux droits et obligations de la femme, du mari ou des créanciers relativement aux biens qui contiennent la dot ; et enfin, aux faits qui ont pour résultat de les purger de ce vice.

Nous avons conscience de nous aventurer dans une région encore mal connue, dont la géographie, si l'on peut dire, est encore en voie de formation. Néanmoins plusieurs reliefs, de détermination récente, se détachent et se profilent avec assez de netteté pour servir de points de repère. Si dans le brouillard qui noie les intervalles, nous avons parfois cherché à apercevoir les lignes indécises et flottantes du paysage, qu'on ne nous prête pas l'intention d'avoir voulu dicter des solutions : notre but n'a pas été de frayer un chemin, mais de relier les points déjà acquis par un tracé hypothétique. N'a-t-on pas fait remarquer qu'une systématisation idéale peut avoir son utilité pour « développer certains côtés encore obscurs » des problèmes juridiques (1) ?

(1) M. Gény, *Rev. crit.*, 1899, p. 461.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS SUR L'INCLUSION DE LA DOT.

Aux termes de l'article 1553 du Code civil, « l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal. Il en est de même de l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent. » C'est à l'occasion de ce texte que s'est développée, en grande partie, la théorie de la dotalité renfermée. Il importe donc d'en bien comprendre sinon la lettre qui est assez facile à saisir, tout au moins l'esprit qui est plus subtil.

« On interprète parfois l'article 1553, dit M. Lambert (1), comme destiné à écarter l'application de la subrogation réelle au régime dotal. C'est lui faire dire tout le contraire de ce qu'il dit effectivement. Ce texte est, au contraire, la mise en œuvre de la règle *subrogatum capit naturam subrogati*. Il soustrait l'immeuble ainsi acquis au régime d'inaliénabilité absolue édicté pour les immeubles dotaux. On ne pouvait, en effet, l'y soumettre sans méconnaître à la fois l'immutabilité des conventions matrimoniales et la nature de la subrogation réelle, en entourant l'immeuble d'une protection qui était refusée aux meubles auxquels il est subrogé. »

C'est, en effet, l'idée de subrogation réelle qui domine l'article 1553 et qui commande aussi la théorie de la dotalité renfermée. C'est une idée systématique, si l'on veut, mais qui cadre bien avec la loi. Elle permet d'y rap-

(1) En note, dans *Pand.*, 96.4.321, col. 2.

porter sans disparate la jurisprudence qui s'y est juxtaposée, et de donner quelque solidité à l'ensemble. N'est-elle pas, du reste, dans l'intention des futurs époux qui stipulent le régime dotal ? Qu'on n'objecte pas, en effet, que la subrogation réelle est une fiction et que la loi seule peut se permettre d'en créer. Nous n'y contredisons pas ; mais, sous prétexte de prohiber les fictions, il faut bien nous garder de toute entreprise sur le domaine de l'autonomie de la volonté et de la liberté des conventions. Comme le dit M. Saleilles (1), « la convention est admise à créer un patrimoine formant masse à part, *donc se développant par voie de subrogation*, là où il y a pour lui servir de base, une affectation à un but que la loi reconnaît et qu'elle autorise ». N'est-ce pas le cas du patrimoine dotal ? Le régime dotal, tel que le Code en donne le modèle, divise les biens de la femme en biens paraphernaux et en biens dotaux. Ces derniers, il veut les protéger ; il les affecte à la sécurité de la femme et de ses enfants ; il en fait la dernière réserve et la ressource suprême de la famille. « Ce qui constitue la dot c'est un ensemble de biens ayant une destination commune et qui sont susceptibles d'être remplacés par d'autres biens recevant la qualité ou la destination des premiers (2). » Dès lors, ne sommes-nous pas amenés à conclure que, puisqu'ils sont autorisés à créer un patrimoine dotal, la subrogation réelle est bien à sa place pour en maintenir la démarcation exacte ?

La subrogation réelle, avons-nous dit, prohibe la dotalisation des immeubles substitués aux deniers dotaux. Cette règle qui apparaît avec évidence au cas où l'on refuserait l'inaliénabilité aux meubles dotaux, est encore vraie

(1) En note, dans S. 94.2.185.

(2) Labbé, *Rev. crit.*, 1856, t. II, p. 16.

dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cette inaliénabilité n'a, en effet, ni la même nature, ni la même énergie que celle de la dot immobilière. Comme le dit la Cour de cassation, « la nature des choses commandait d'admettre des différences profondes entre l'inaliénabilité de la dot mobilière et la prohibition de disposer des immeubles » (1). Mais suivant que l'on adopte l'une ou l'autre de ces solutions, la situation n'est cependant pas la même. Dans le premier cas, les meubles n'étant pas protégés, les deniers qui ont servi à acheter l'immeuble extradotal, vont se perdre dans cette acquisition, sans qu'on ait plus à s'inquiéter de leur sort que s'il s'agissait de deniers d'origine quelconque. L'immeuble pourra être vendu, saisi, détruit, transformé, sans qu'on ait à rechercher ce que sont devenus les deniers dotaux.

Si l'on admet, au contraire, l'inaliénabilité de la dot mobilière, nous voyons apparaître la théorie de la dot renfermée. Refuser la protection légale aux deniers dotaux qui servent à acquérir un immeuble, serait fournir à la femme un moyen commode d'éluder la garantie de l'inaliénabilité. Aussi bien l'immeuble sera-t-il paraphernal en propriété, mais dotal quant à sa valeur. Comme le dit M. Labbé (2), « il contient en quelque sorte dans ses flancs une valeur dotale, indisponible... Cette valeur communique à l'immeuble où elle est cachée, incorporée, une inaliénabilité restreinte au montant de la dot mobilière ». Ce n'est pas créer, comme on l'a souvent reproché à la jurisprudence (3), une troisième espèce de biens ; c'est

(1) Cass., 6 décembre 1859, S. 60.1.144.

(2) En note, dans S. 93.1.5.

(3) Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. IV, n° 1742, 1 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IX, n° 454 ; Renoult, *op. cit.*, p. 72 ; Vigié, *Rev. crit.*, 1897, p. 482 ; Lyon-Caen, en note, dans S. 1901.1.1.

maintenir la démarcation entre les paraphernaux et la dot, en empêchant d'une part la masse paraphernale de s'accroître aux dépens de la dot, et d'autre part, en s'opposant à ce que les changements survenus dans la composition de la dot n'en aggravent l'inaliénabilité. Dot et paraphernaux vont subsister côte à côte.

La femme dotale a un double patrimoine : le patrimoine dotal et le patrimoine paraphernal. La théorie de l'unité du patrimoine si laborieusement bâtie par Aubry et Rau n'est, après tout, peut-on dire, qu'une ingénieuse construction juridique. « Assurément, dit M. Gény (1), il est naturel de se représenter l'ensemble des droits et des obligations d'une personne, comme formant un tout complexe, indépendant des objets particuliers qui le composent, et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique. Voilà la notion élémentaire du patrimoine, qui permet d'expliquer, au point de vue de la technique juridique, et le droit général en vertu duquel les créanciers peuvent saisir un bien quelconque de leur débiteur, et la transmission universelle après décès, comprenant avec les biens du défunt, toutes les charges de sa fortune. Mais quand la conception subjective, essayant de s'élever plus haut, recherche dans l'essence de la personnalité même, les attributs du patrimoine, ne voit-on pas que son œuvre est devenue inutile et dangereuse. » Inutile et dangereuse, dirons-nous, cette idée d'indivisibilité du patrimoine au cas de dotalité renfermée, car elle empêche de faire un départ exact des droits de la femme. « Nulle part peut-être mieux qu'ici n'apparaît combien répugne à l'esprit du droit actuel le principe de l'unité du patrimoine. La femme dotale voit sa fortune se scinder en deux patrimoines très distincts, subissant une condition

(1) *Op. cit.*, p. 127, 128.

différente, vivant une vie indépendante et se développant isolément (1). »

D'un côté, le droit de propriété de l'immeuble (2) acquis des deniers dotaux, tombe dans le patrimoine paraphernal de la femme, mais elle conserve, d'autre part, dans son patrimoine dotal, le droit inaliénable sur les deniers. Les deniers dotaux qui ont servi, si l'on peut dire, à édifier la fortune immobilière de la femme, reparaîtront sans doute, lors de la vente volontaire ou forcée de l'immeuble, et dans d'autres cas que nous verrons, avec leur caractère indélébile d'inaliénabilité, de même que les matériaux immobilisés dans la construction d'une maison sont rendus par la démolition, à leur nature première. Mais en attendant, le droit de la femme sur la dot sommeille sans s'évanouir.

Pour continuer la comparaison, ce droit *sui generis* de la femme, que nous qualifierons de *droit de prélèvement*, sauf à en rechercher plus tard la nature, peut être considéré à part du droit de propriété de l'immeuble, comme les matériaux d'une maison à démolir peuvent être mobilisés par anticipation, et envisagés séparément de la maison, lorsque celle-ci est vendue, par exemple, à un entrepreneur de démolitions (3). Assurément il ne présentera son application et ne produira son effet, que lorsque les deniers reparaîtront, par exemple sous la forme d'un prix de vente ou d'adjudication. Mais n'est-il pas clair qu'il faut protéger la femme contre les actes par lesquels elle le compromettrait d'avance, par exemple en y renonçant au

(1) Lambert, en note dans *Pand.*, 96.2.324, col. 1, 2.

(2) Nous visons le cas le plus fréquent, mais nous verrons que la dotalité renfermée s'applique de même aux meubles.

(3) Aussi la jurisprudence considère-t-elle généralement l'action de l'acheteur, en ce cas, comme une action mobilière, ce qui est intéressant au point de vue de la compétence et des conditions d'exercice.

profit d'un créancier à qui elle hypothéquerait son paraphernal ?

Comme on le voit, c'est la question de l'inaliénabilité de la dot mobilière qui est au fond de ce problème juridique. Cette question est pratiquement vidée. « Si quelques auteurs au nom des principes continuent à s'insurger contre cette jurisprudence bien établie, tout au moins ne se dissimulent-ils pas que leurs protestations seront destinées à demeurer vaines. Il n'y a plus place en cette matière qu'à des discussions académiques, qu'à de stériles controverses d'école. L'inaliénabilité de la dot mobilière est un fait définitivement acquis (1). »

Néanmoins pour ne pas fonder notre thèse sur un acte de foi aveugle dans cette jurisprudence, nous devons indiquer rapidement les raisons d'y croire. Toute la confiance qu'on accordera à l'inaliénabilité de la dot mobilière doit être reportée à la dotalité renfermée qui n'en est que la conséquence.

Nous ne croyons pas qu'on puisse tirer parti, sur la question, des travaux préparatoires. En effet, « les travaux préparatoires d'une loi ne doivent être accueillis, comme illustration autorisée du texte, et pour son interprétation intrinsèque, qu'autant que les idées qu'on y puise, ont été exprimées sans contradiction notable, dans des conditions permettant de les attribuer à la volonté qui crée la loi (2) ». Il suffirait ici pour se convaincre de l'inutilité d'une semblable recherche, de voir comment ils ont été également revendiqués par les adversaires et les partisans du système.

C'est au droit romain et à l'aliénabilité de la dot mobilière, disent les uns, que le législateur a entendu s'atta-

(1) Lambert, en note dans *Pand.*, 96.1.321, col. 1.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 256, 257.

cher. Ils invoquent un passage du rapport de Duveyrier au Tribunal. « Le mode et l'application du régime, disait-il, en parlant du régime dotal, n'ont besoin que d'un petit nombre de règles toutes extraites et traduites du droit romain avec tant de fidélité que si quelquefois notre projet s'écarte de l'usage, c'est encore pour s'attacher plus fortement à la législation romaine, dont l'usage s'était écarté (1). » Le langage du tribun Albisson (2) n'était pas différent. « Le régime dotal n'avait pu éviter le sort de toutes les législations humaines qui s'usent, se compliquent et se déforment toujours en quelque point par l'action sourde et continue de la lime du temps, par la subtilité trop souvent intéressée de leurs interprètes, par l'inépuisable fécondité de leurs commentateurs. Le projet de loi le ramène à sa simplicité et à sa pureté originelle ; il en élague tout ce qui pourrait l'altérer ou en embarrasser l'application. »

Ne peut-on pas dire, au contraire, avec les partisans de l'inaliénabilité de la dot mobilière, que le système du régime dotal, introduit après coup et à regret dans le Code, non seulement n'a pas reçu tout le développement qu'il comportait, mais a manqué de n'être pas réglementé dans ses détails, après avoir été admis en principe ? N'est-ce pas Cambacérès lui-même qui déclarait ne pas voir l'utilité des articles destinés à fixer le système du droit écrit ? « Ils n'énoncent pas à beaucoup près toutes les maximes que le droit écrit consacre. Il suffit d'avoir établi un droit commun et d'avoir laissé aux parties la liberté de se marier suivant les usages qu'elles préféreront. Elles pourront prendre le droit écrit pour règle de leur mariage (3). » Plus tard, à la séance du 27 octobre 1803 où fut discuté

(1) Fenet, *Rec. des trav. préparatoires*, t. XIII, p. 750.

(2) Fenet, *op. cit.*, t. XIII, p. 802.

(3) Fenet, *op. cit.* p. 5

l'article 1558, le même juriconsulte ayant exprimé l'avis que « les causes qui rendront la dot aliénable sont énoncées d'une façon trop vague et trop générale » et ayant demandé des éclaircissements, Portalis lui répondit que la section de législation s'en était référée à la jurisprudence sur l'explication de cet article (1). Or, on sait que les Parlements de droit écrit de Bordeaux, de Toulouse et d'Aix, se prononçaient en général pour l'inaliénabilité de la dot mobilière (2).

Du reste, si à défaut d'indications précises des travaux préparatoires, on devait rechercher l'« *état d'esprit historique* » (3) des rédacteurs du Code, faudrait-il en conclure qu'ils ont entendu continuer la tradition, et laisser passer, au travers du Code, le courant de l'ancienne jurisprudence ? Pas davantage, dirons-nous. De même que, pour le droit coutumier, les législateurs de 1804 ont très généralement suivi Pothier, qui était leur livre de pupitre, ils semblent avoir surtout pris pour guide, dans la réglementation du régime dotal, l'ouvrage de Domat, dont plusieurs passages ont même été purement et simplement transcrits

(1) Fenet, *op. cit.*, p. 596.

(2) V. Lescœur, *Des origines de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière*, *Rev. cr.*, 1875, p. 383 et s.

Dans le Parlement de Paris, après des hésitations provoquées par des résistances à l'inaliénabilité de la dot mobilière, une déclaration de Louis XIV intervint, en avril 1664, pour la faire cesser dans le Lyonnais et le Beaujolais, le Forez et le Mâconnais. Mais cette déclaration ne fut pas accueillie sans protestations. De plus, elle ne s'appliqua pas dans la partie de l'Auvergne régie par le droit écrit, ressortissant au Parlement de Paris.

Dans le Parlement de Grenoble, si, par anomalie, la femme peut disposer de sa dot par donation même en faveur d'un étranger, du consentement du mari, elle ne peut, en s'engageant solidairement avec ce dernier, compromettre la dot constituée en deniers.

(3) Génv, *op. cit.*, p. 252.

par eux (1). Or précisément cet auteur n'attribue pas à l'inaliénabilité de la dot mobilière la généralité d'application que les récents historiens du droit semblent lui reconnaître (2).

A quoi bon, d'autre part, insister sur les arguments de texte invoqués de part et d'autre, et faire état des moindres accidents de rédaction? Pourquoi opposer l'article 1554 qui parle des « immeubles » aux articles 1555 et 1556 qui visent les « biens dotaux »?

Surtout, pourquoi mêler au débat des textes qui n'ont rien à y faire, comme l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ou l'article 83 du Code de procédure civile (3)?

Ainsi rien de décisif, rien même qui ait directement trait à la difficulté, soit dans le texte définitif, soit dans les travaux préparatoires. Mais s'ensuit-il qu'on puisse, comme le croit M. Lescœur (4), « d'après l'ensemble des documents, d'après l'esprit qui s'en dégage, conjecturer quelle solution *auraient* adoptée les rédacteurs du Code civil s'ils avaient donné à la matière du régime dotal des développements tels qu'ils eussent été nécessairement amenés à se poser et à traiter notre question »? Il nous

(1) Rivière, *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence*, p. 624.

(2) *Les Lois civiles*, livre I, t. IX, sect. IX, art. XXX. « Il faut remarquer qu'en *quelques* provinces, la femme ne peut pas même s'obliger avec l'autorisation de son mari : ce qui lui conserve sa dot entière, soit mobilière, soit immobilière. »

(3) La loi de 1855, en effet, dit le rapport de la commission « n'a pas pour but de modifier, en quoi que ce soit, la législation relative aux droits de la femme mariée, en matière de cession ou de renonciation à son hypothèque légale » (S. 55.5.29).

L'article 83 du Code de procédure qui requiert la communication au ministère public pour les causes intéressant la dot sans distinction, peut bien avoir pour but de donner à la dot mobilière cette garantie, alors même qu'elle serait aliénable.

(4) *Loc. cit.*, p. 405.

semble bien que non. Qui ne voit que c'est une fiction et un malentendu que de se placer uniquement au point de vue de la recherche d'une volonté absente ? « Il faut bannir, de la sphère légitime de l'interprétation de la loi écrite, toute recherche d'intention, visant à connaître, non pas ce que le législateur a effectivement voulu et arrêté, mais ce qu'il *aurait* décidé si sa pensée s'était portée sur tel objet (1). »

Que faut-il donc décider, dans le silence de la loi ? A prime abord, il semble qu'il y ait une réponse bien simple et qu'il suffise d'obliger les futurs époux à dire dans leur contrat de mariage qu'ils veulent étendre l'inaliénabilité à la dot mobilière. Le seul principe impératif en matière d'obligations est celui de la liberté des conventions, et sur ce terrain la place reste ouverte au développement du droit, par la répétition et l'habitude des mêmes stipulations, et par la création de présomptions générales auxquelles se réfère la jurisprudence pour déterminer le sens des conventions. Il ne s'agit plus alors d'interpréter la loi. « Ce n'est plus que par un abus de mots que l'on parle d'interprétation là où il n'y a plus de dispositions à expliquer, mais où il s'agit de vides à combler. La jurisprudence prend ainsi vis-à-vis de la loi un rôle supplétif qui s'impose, du moment que le juge n'a pas le droit de s'abstenir de juger (2). » La pensée a pu germer dans le cerveau ambitieux du premier consul, plus tard de l'Empereur, d'une loi se suffisant à elle-même, expression définitive d'une volonté toute puissante, commentée par une Ecole de droit, confinée dans un texte, qui ne connaît pas le droit civil, mais seulement le Code Napoléon (3).

(1) *Op. cit.*, p. 264.

(2) Saleilles, *Nouvelle Revue historique*, 1900, p. 268.

(3) V. Taine, *Le régime moderne*, t. II, p. 206. « Avec sa perspicacité et son imagination positiviste et graphique, Napoléon pouvait

Telle n'était pas la pensée de ses collaborateurs. « L'ingénieur qui, sur un fleuve, jette un pont métallique a soin de ménager, entre les diverses pièces qui le composent des intervalles : il sait bien que sans cela son œuvre ne tarderait point à s'écrouler d'elle-même. Cette loi de nature n'a point échappé aux rédacteurs de notre Code... Ils ont ménagé dans leur construction des jours pour que la vie pût s'y frayer un passage, sans faire écrouler leur œuvre (1). » Maints traits de leurs discours en feraient foi. Citons seulement ce passage caractéristique de Portalis : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons ; les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas (2). »

Mais quand la jurisprudence a édifié la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière, était-ce bien un simple vide qu'il s'agissait de combler ? C'est l'opinion, semble-t-il, d'auteurs éminents. « La Cour de cassation frappée de la lacune, dit M. Labbé (3), en parlant de la situation faite aux fortunes mobilières, la Cour de cassation apercevant quelques articles qui semblaient des pierres d'attente (4) pour une innovation, a entrepris de la com-

apercevoir d'avance les produits futurs et certains de sa machine, des magistrats en toque, assis ou debout dans leur salle d'audience, en face des avocats en robe et plaidant, plus loin, dans leurs études encombrées de dossiers, les grands consommateurs de papier timbré, avoués et notaires, en train de rédiger des actes... *simples organes de la loi* ».

(1) Lambert, *Du contrat en faveur des tiers*, Introd., p. V.

(2) Fenet, *op. cit.*, p. 476.

(3) En note dans S. 93.1.5.

(4) M. Bartin (*op. cit.*, p. V) emploie la même image pour signifier les injonctions précises du législateur à compléter par l'interprète. « Ce sont les blocs de pierre enfoncés profondément dans le sol qui marquent de distance en distance les saillants de l'édifice à venir et sur lesquels doivent s'appuyer les murs quelle que soit la direction qu'on leur donne dans les intervalles. »

bler. Elle a attaché à la dot mobilière certains avantages de l'inaliénabilité. » Tout récemment, M. Glasson exprimait la même opinion, à l'Académie des sciences morales et politiques : « Le Code civil est devenu insuffisant même pour certaines institutions qu'il a cependant réglementées. Sous l'influence de ce préjugé, emprunté à notre ancienne France, que la véritable et seule richesse consiste dans la possession de la terre, il a complètement oublié de réglementer la condition et le sort de la dot mobilière de la femme sous le régime dotal. La jurisprudence a peu à peu et péniblement comblé la lacune de la loi en établissant une théorie qui n'est plus contestée (1). »

Il nous semble, toutefois, qu'en l'occurrence, la jurisprudence a fait davantage. Elle a d'abord fait une brèche à la loi, avant de réédifier sur nouveaux frais, dans un sens différent de cette même loi. Par le fait même qu'il était muet sur la dot mobilière, le Code en prohibait l'inaliénabilité, qui est une règle dérogatoire au droit commun, nuisible au crédit et dangereuse pour les tiers : peut-il, en effet appartenir aux parties et à la jurisprudence de l'établir ? « Dans l'évolution si intéressante de la jurisprudence en ce qui concerne la question célèbre de l'inaliénabilité de la dot mobilière, dit M. Saleilles (2), la jurisprudence s'est laissé absolument dominer par le courant de la vie moderne, je suis loin de l'en blâmer ; mais je constate qu'il ne s'agissait plus seulement de renverser une présomption légale dans une matière où les conventions sont libres, mais d'étendre une incapacité artificielle qui, de droit commun, ne peut pas être créée par simple convention et que la loi seule peut établir. »

Mais cette distinction entre la dot immobilière qu'on

(1) *Séances et trav. de l'Acad. des sc. mor. et pol.*, 1900, t. I, p. 496.

(2) *Rev. intern. ens.*, 1890, p. 492.

protège et la dot mobilière qu'on néglige n'était-elle pas en désaccord avec l'état économique de la société ? La loi ne cessait-elle pas de cadrer avec les faits ? Déjà en 1837, Rossi signalait cette discordance et la déplorait, dans un mémoire à l'Académie des sciences morales (1). « La société nouvelle, disait-il, commence à éprouver quelque gêne, à ne plus se sentir complètement à l'aise dans les limites posées par nos Codes. Il est des points où, grâce à son rapide développement, la société se trouve, je ne veux pas dire arrêtée, mais comprimée. » Après avoir remarqué que le désaccord ne se manifeste que dans la partie qui traite des biens indépendamment des personnes, il ajoute : « Le législateur n'a été au-dessous de sa tâche que lorsqu'il s'est trouvé aux prises avec les principes des sciences économiques, lorsque ses prévisions auraient dû embrasser dans toute l'étendue et la variété de ses rapports le double phénomène de la formation et de la distribution de la richesse nationale, lorsque la loi civile aurait dû réfléchir avec une exactitude scrupuleuse l'image des faits économiques... La richesse mobilière aspire évidemment à se placer en première ligne ; malgré l'irrégularité de ses mouvements, son niveau s'élève à vue d'œil, et n'en doutons pas, il s'élèvera de plus en plus. » La prévision était juste. On n'était alors qu'au début des grandes entreprises qui devaient tant contribuer à la création et à la diffusion de la richesse mobilière (2).

(1) « Le Droit civil considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société », mémoire lu le 27 décembre 1837, rapporté dans *Rev. de légist.*, t. XI, p. 44, et dans *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, p. 2 et s.

(2) Alors qu'en 1800, on pouvait compter 10 valeurs cotées à la Bourse, et en 1845, 5 seulement, de 1830 à 1840, nous voyons le chiffre s'élever de 30 à 130 ; en 1852, il est de 152 ; aujourd'hui il est 8 fois plus considérable puisqu'on compte 1.100 titres qui sont

Fallait-il attendre la réforme du législateur ? Nombre d'auteurs l'ont pensé, et, en réalité, comme le dit M. Lambert, des interprètes à outrance, « ils étaient abrités derrière leur Code comme le théologien derrière ses Livres saints (1) ». La jurisprudence, on le sait, est allée au plus pressé ; les tribunaux n'ont pu concevoir « que la garantie de l'inaliénabilité accordée à la femme qui apporte en dot une cabane et un arpent de bruyère puisse être refusée à celle qui possède 100.000 livres de rentes en capital mobilier (2) ».

Nous sommes en présence du fait accompli, qu'en faut-il penser au point de vue juridique ? Faut-il permettre à la jurisprudence de rétablir l'harmonie, de remettre la loi au courant et, pour ainsi dire, à jour ?

M. Gény, tout en rejetant, en principe, l'idée que l'in-

négociés à la Bourse de Paris (Turquan, *Soc. d'écon. pol. et d'écon. soc. de Lyon*, 1900, p. 111).

(1) *Rev. intern. ens.*, 1900, t. II, p. 217. Nous ne voyons là qu'une comparaison. A la différence des lois humaines qu'on s'efforce d'assouplir à des besoins nouveaux, imprévus lors de la rédaction, « l'Évangile est actuel parce qu'il est éternellement vrai, pour deux raisons : d'abord parce qu'il vient de Dieu qui, pour se mettre au point précis de tous les espaces et de tous les temps, n'a ni à se vieillir ni à se rajeunir ; il lui suffit de rester ce qu'il est ; ensuite, parce que, dépassant toutes les couches superficielles dans notre âme et dans notre vie, il nous atteint sous tous nos haillons ou tous nos brocards, sous toutes nos cocardes multicolores, sous toutes nos poses et sous tous nos masques dans ce qu'il y a de plus profond, de plus universel et de plus subsistant en nous, dans ce que nous avons appelé notre être humain » (R. P. Etourneau, carême 1901, 1^{re} conf., p. 11, 12). Cette perpétuité, du reste, qui est ici une réalité, n'exclut pas le progrès de la doctrine. « Il ne consiste point dans l'acquisition de vérités nouvelles, puisqu'il n'y en a pas de telles à son égard, et bien moins encore dans le changement des anciennes, mais dans le développement ou l'évolution d'un contenu dont nous ne soupçonnions pas toute la richesse et toute la fécondité » (Brunetière, *Journal des Débats*, 25 février 1901).

(2) Rossi, *Mélanges*, p. 7.

interprétation de la loi devrait varier avec le temps de son application, croit pouvoir résoudre la difficulté en analysant la notion de la loi. « Celle-ci, dit-il (1), suppose nécessairement certains rapports sociaux, certaines circonstances économiques, qui apparaissent comme les conditions mêmes de sa disposition... Supposez que ces conditions, expresses ou tacites, de la disposition légale, viennent à disparaître, ou à se transformer au point de perdre toute leur importance. La prescription, qui leur était subordonnée, se modifiera par là même, et cessera de s'imposer à l'interprète, telle qu'elle était primitivement formulée. » Après avoir donné plusieurs exemples, il ajoute : « Peut-être peut-on expliquer de même manière, si l'on tient à les soumettre à l'autorité des textes légaux, certains développements de la jurisprudence, en matière d'inaliénabilité dotale... Assurément, il serait mieux, dans des cas de ce genre, que, pour couper court à toute incertitude, le législateur eût lui-même modifié sa disposition. Mais cette intervention positive n'est pas absolument indispensable. » Cette solution est évidemment la seule qui permette de concilier la jurisprudence avec la loi ; mais ne peut-on pas faire remarquer que dans l'espèce, il ne s'agissait plus d'une circonstance économique qui vient à cesser, mais de l'apparition de tout un ordre de faits nouveaux, d'une nouvelle forme de richesse à laquelle devait correspondre une innovation juridique, pour l'entourer des mêmes garanties que les droits immobiliers ?

Ce n'est pas que nous devions beaucoup compter sur le législateur, pour mettre la loi au point. Rien n'est plus difficile à mettre en mouvement que l'appareil législatif et telle réforme qui se fera d'elle-même si elle s'introduit par l'usage, risquera fort de ne jamais voir le jour s'il lui

(1) *Op. cit.*, p. 237 et s.

faut subir l'épreuve souvent bien artificielle d'une discussion parlementaire (1). A côté de la « lex », les Romains avaient un organe plus souple dans la jurisprudence prétorienne, instrument de précision trempé dans des épreuves successives. Jusqu'à la fin du dernier siècle, l'Allemagne n'a connu que les coutumes locales toujours en voie de développement comme un organisme vivant, coordonné par le droit romain (2). L'Angleterre a ses cours d'équité qui, sur beaucoup de points corrigent ou complètent son droit traditionnel. « Chez eux, la loi, c'est le précédent judiciaire.... Comme les cours ne posent pas de principes et ne rédigent pas en termes précis des formules légales, les modifications ont passé presque inaperçues et la loi s'est créée par *accession* (3). » Et en France, n'aurions-nous donc pas à compter sur la jurisprudence ? « Qu'on y prenne garde, dit M. Saleilles, s'il en est ainsi, c'en est fait du progrès juridique et de la science du droit en général, le droit, comme toute œuvre de l'esprit humain, vit de liberté (4). »

Voici comment le savant auteur résoud la difficulté.

(1) Cf. en sens inverse, ce que dit M. Leroy-Beaulieu du fonctionnement désordonné de la machine législative. « L'Etat moderne veut souvent ignorer la nature des choses et la nature des hommes. Il a établi sous le nom de Parlements permanents, des usines de législation continue travaillant comme les métiers continus de filature. Il jouit ainsi d'une grande force perturbatrice » (*L'Etat moderne et ses fonctions*, p. 119).

On peut concilier ces deux idées en faisant remarquer avec M. Glason que l'« on s'est surtout attaché à voter les lois qui présentent un certain intérêt politique. Celles qui n'offrent qu'un intérêt de droit privé et social à la fois ont été beaucoup trop négligées » (*S. et trav. Acad. sc. mor. et pol.*, 1900, t. I, p. 494).

(2) Il avait été reçu au XVI^e siècle comme droit commun.

(3) Bertrand, *De la codification*, discours de rentrée à la Cour de cassation (*Loi*, 16-17 oct. 1888).

(4) *Rev. int. ens.*, 1890, p. 490.

Pour lui, la fonction de la jurisprudence à l'égard de la loi « consiste à lui donner toute la vitalité progressive d'un principe qui opère et qui agit : il faut que la loi, grâce à la jurisprudence, s'adapte aux progrès des temps et à l'évolution historique elle-même » (1). N'est-ce pas aussi l'opinion de M. Glasson ? Annotant naguère, au Dalloz (2), un arrêt en contradiction flagrante avec la loi qui édicte l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, il écrivait : « Dans un pays où l'usage ne peut pas abroger ni même modifier la loi, il est utile et juste que les tribunaux aient sous forme d'interprétation le moyen d'assouplir la loi et de la mettre toujours au niveau des besoins du temps. » Si la jurisprudence marque encore ses arrêts du coin de la loi, c'est pour leur donner « la frappe dont le public a besoin pour sa propre sécurité » (3), et les monnayer en quelque sorte, afin de leur donner cours, mais cette utilisation du « vieux matériel législatif » (4) ne la trompe pas sur la portée de ce qu'elle fait, et elle sait fort bien que ce n'est pas à une recherche de la volonté du législateur qu'elle se livre.

Nous n'avons pas la prétention de porter un jugement sur cette grave doctrine, à laquelle on pourrait reprocher non pas tant la fiction et le convenu, que l'arbitraire et le disparate du rattachement à la loi. Contentons-nous de remarquer, qu'en l'espèce, elle semble bien seule capable d'expliquer la hardiesse de la jurisprudence.

Certains auteurs vont même jusqu'à faire de la jurisprudence « une source effective du droit positif (4) ». A côté de la loi écrite qui demeure, si l'on peut dire, le mode

(1) En note dans D. 97.1.439.

(2) D. 94.1.500

(3) *Op. cit.*, de M. Gény, *Introd.*, p. XII.

(4) Gény, *op. cit.*, p. 228.

(5) Saleilles, *Nouv. Rev. hist.*, 1900, p. 268.

normal d'acquisition juridique, « les théories définitivement consacrées par la Cour de cassation constituent une sorte d'*alluvion* de notre droit, un droit coutumier venant se juxtaposer à loi écrite pour la modifier, la compléter, la corriger au gré des événements et des phénomènes économiques et sociaux qui transforment et renouvellent le vieux monde (1) ». Ces dernières affirmations ne semblent-elles pas exagérées ? Les arrêts de la Cour de cassation, en effet, comme toutes autres décisions, ne statuent que sur des cas particuliers, sur des espèces. Ce ne sont pas des réglementations générales, car il n'y a pas deux procès qui se ressemblent : les situations se multiplient et se nuancent avec la complexe diversité de la vie, et le jeu de l'intérêt et des passions (2).

Ces développements, qu'on sera tenté de trouver hors de proportion, et qui sont pourtant bien incomplets, eu égard à l'importance des problèmes soulevés, étaient indispensables, puisque sans eux notre travail aurait manqué de fondement. C'est uniquement la jurisprudence qui

(1) Weiss, *Rev. crit.*, 1897, p. 589, à propos du *Traité élém. de droit civil* de M. Planiol qui voit dans la jurisprudence « un droit coutumier de formation récente ».

A l'objection tirée de la séparation des pouvoirs, M. Lambert répond ainsi : « Ce fait que quand les tribunaux ont statué longtemps d'une manière uniforme sur une même question, ils cessent de l'étudier à nouveau et que leur jurisprudence se fixe, n'est-il pas un des phénomènes les plus inévitables, une des lois les plus constantes et d'ailleurs des plus heureuses de l'évolution du droit. Pourquoi donc admettre que si nos lois constitutionnelles ont tenté d'empêcher désormais ce phénomène, elles l'ont pu, ou que tout au moins, nous devons nous abstenir de constater leur impuissance ? » (*Rev. intern. ens.*, 1900, t. II, p. 239).

(2) Il s'ensuit que dans les questions qui, comme la dotalité renfermée, se réclament uniquement de la jurisprudence, c'est avec réserve qu'il faut dégager une théorie. La moindre circonstance peut avoir dicté un arrêt et l'on n'est jamais sûr que la jurisprudence d'hier soit encore celle de demain.

a consacré le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière et qui en a déduit, par extension, la dotalité renfermée (1). « De semblables extensions exigent le concours de plusieurs esprits, de tendances diverses, contribuant à l'œuvre commune, les uns déterminant un pas en avant, les autres arrêtant sur la limite d'un écueil (2). » Nous aurons à mesurer ces divers mouvements de la jurisprudence, et puisque nous venons de parler des risques de naufrage, nous nous souviendrons que « là où le mathématicien peut marcher droit devant lui, le jurisconsulte est parfois obligé de louvoyer pour éviter certains obstacles : il n'oublie pas que si la lumière de la logique est un phare, un phare aussi devient un écueil quand on veut le serrer de trop près » (3).

Un autre danger consisterait à confondre la dotalité renfermée avec des institutions voisines : avec l'hypothèque de la femme mariée, avec la dotalité subsidiaire, et avec la dotalité partielle. Réservant ce troisième cas pour un examen ultérieur, où nous aurons lieu d'établir un utile parallèle, nous allons parler des deux autres cas. Nous les mettrons dès l'abord en lumière et en opposition avec l'inclusion de la dot, sauf à voir plus loin, pièces en main, si la jurisprudence a bien respecté les frontières entre la dotalité renfermée et l'hypothèque de la femme.

Tout d'abord, au cas de saisie d'immeubles du mari par ses créanciers, il peut se produire pour la femme, créancière elle aussi de sa dot, et adjudicataire, une situation qui présente une assez grande analogie avec la dotalité

(1) Remarquons que les deniers dotaux ont bénéficié d'une protection qui se proposait d'atteindre les valeurs mobilières. Roussilhe fait, en effet, remarquer que de son temps, souvent les dots étaient constituées en argent.

(2) Labbé, en note dans S. 93.1.5.

(3) Ch. Appleton, *Rev. int. ens.*, 1889, p. 246.

renfermée et qui, à ce titre, doit retenir notre attention (1).

Le mari a des dettes nombreuses, les échéances se succèdent et les créanciers ne sont pas payés. L'un d'eux, plus exigeant ou plus pressé que les autres, après avoir fait commandement de payer au mari, fait dresser procès-verbal de saisie. La saisie est dénoncée dans la quinzaine de la clôture du procès-verbal, transcrite ensuite dans le même délai. Ces premières garanties prises contre le mari, qui, par l'effet de la transcription, perd d'une part son droit d'aliénation et le droit d'administrer par lui-même, et d'autre part, voit immobiliser les fruits, le saisissant peut commencer les formalités de la vente.

Il s'agit préalablement de déterminer et de faire connaître aux intéressés les conditions de l'adjudication. A la différence de la vente amiable où les conditions sont débattues par l'acquéreur, le droit de fixer le cahier des charges appartient ici, sous le contrôle du tribunal, aux créanciers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui devront être liés à la poursuite. A cet effet, après avoir rédigé et déposé au greffe, dans les vingt jours de la saisie, un projet de cahier des charges qui servira de base à la discussion (2), le saisissant doit faire sommation d'en prendre communication et d'y consigner par avoué leurs dires et observations, à tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires, inscrits ou dispensés d'inscription. C'est à ce dernier titre que la femme dotale créancière de son mari poursuivi sur ses immeubles, devra être atteinte par la sommation, qui la mettra de plus en demeure de prendre inscription avant le jugement d'adjudication (3). A

(1) V. un exemple dans *Journ. Not.*, art. 22360, Grenoble, 18 mars 1880.

(2) Ce cahier des charges formera les qualités du jugement d'adjudication.

(3) Le titre de propriété révélera au saisissant les précédents

supposer qu'elle soit touchée, elle va être liée au procès et pourra, comme tout autre créancier, proposer les moyens de nullité contre la procédure qui précède la publication du cahier des charges, trois jours avant sa lecture à l'audience.

La publicité du cahier des charges commencée à l'audience et plus efficacement continuée par les affiches et l'insertion dans les journaux, le tribunal pourra procéder à la mise aux enchères. De deux choses l'une, l'adjudication aura lieu au profit d'un tiers, ou bien au profit de la femme.

Voyons d'abord le cas où l'adjudicataire est un tiers, non pas qu'il nous intéresse directement, mais parce qu'il nous acheminera à l'hypothèse que nous voulons envisager. A l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, la femme produira ses titres, et formera sa demande en collocation à concurrence du montant de sa créance. En qualité de femme dotale, et à raison de l'inaliénabilité de sa dot mobilière, elle n'aura pas à redouter de la part de ses créanciers une demande en sous-collocation. Si la créance de la femme est conditionnelle, subordonnée par exemple à la survie ou à tout autre événement, la collocation ne pourra être que provisoire et sous garantie. Mais s'il s'agit d'une créance déjà née, si une somme d'argent a été constituée en dot, la collocation sera définitive. La créance est-elle échue, le bordereau de la femme sera payé immédiatement et tout sera dit : tel sera le cas de la séparation de biens. Mais, au contraire, lorsqu'aucun événement n'aura

propriétaires, et sur cette indication il pourra savoir quelles sont les femmes dont l'hypothèque légale grève l'immeuble.

La loi de 1858 prescrit aussi au saisissant de notifier la sommation au procureur de la République qui devra faire inscrire l'hypothèque. Mais, dans la pratique, cette obligation du parquet est restée lettre morte, faute de sanction.

modifié le régime dotal, tel qu'il a été stipulé au contrat, et que la créance est à terme, il n'en va plus de même. L'article 1188 qui stipule que « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme... lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier » ne s'applique pas ici. D'un côté, le terme est établi en faveur de la femme créancière qui ne peut pas plus y renoncer qu'à toute autre garantie et ne saurait recevoir un remboursement anticipé. D'autre part, bien qu'il soit administrateur de la dot et que l'article 1549 lui donne le droit de poursuivre les débiteurs, le mari n'a pas le droit de toucher le bordereau de collocation. Ce serait folie, en effet, que de verser le montant de la dot entre les mains du mari, alors que son crédit est déjà fortement entamé comme le prouvent les poursuites : il est bien clair qu'il va dépenser le versement, ne serait-ce qu'à payer les créanciers primés dans l'ordre par la femme, et cette dernière ne trouvera plus rien à saisir lors de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage. Du reste, l'article 2193-3° du Code civil ne dit-il pas formellement que « si les inscriptions du chef des femmes... sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra faire aucun paiement du prix au préjudice des dites inscriptions » ? S'il payait au mari, il paierait mal et serait passible de répétition de la part de la femme, lors de l'échéance de la créance dotale. Aussi bien, jusqu'à cette époque, la dot restera-t-elle entre ses mains, à moins qu'il ne préfère la consigner. Toutefois, la protection de la femme dotale ne doit pas enlever au mari la jouissance de la dot et l'adjudicataire devrait lui servir les intérêts de la créance, après avoir désintéressé les créanciers qui ont participé à l'ordre. Ajoutons enfin cette remarque importante, que la vente de l'immeuble par l'adjudicataire ou la saisie par ses créanciers, ne portent

aucune atteinte au droit de la femme si elle a eu le soin de prendre inscription de son hypothèque.

Transportons maintenant les solutions précédentes au cas où c'est la femme elle-même qui s'est portée adjudicataire. Il peut bien se faire, en effet, que la femme devienne adjudicataire de l'immeuble du mari. Sa qualité d'épouse qui, aux termes de l'article 1595 du Code civil, la rend incapable d'acquérir à l'amiable de son mari, par crainte d'une donation déguisée et irrévocable ou d'une fraude aux droits des créanciers, cette qualité, disons-nous, ne met pas obstacle à l'adjudication sur vente forcée, accomplie sous le contrôle du tribunal. Si, d'autre part, l'article 711 du Code de procédure interdit au mari de se porter adjudicataire, en tant que saisi, cette prohibition n'atteint pas la femme du saisi. Enfin, il n'y a pas lieu de faire intervenir ici la présomption mucienne, d'après laquelle l'immeuble acquis par la femme est réputé l'être des deniers du mari, pas plus que toute autre présomption d'interposition analogue à celle de l'article 911 qui, en cas d'incapacité du mari, annule la donation faite à sa femme.

La femme dotale qui a misé sera bel et bien adjudicataire, ce qui ne l'empêche pas, bien entendu, de produire à l'ordre. Sa créance dotale est-elle inférieure au prix d'adjudication, elle paiera le surplus aux créanciers colloqués après elle (1). Quant au montant de cette créance, si le régime du contrat est encore en vigueur et que l'obligation de payer est affectée d'un terme qui ne peut être devancé, nous allons voir se révéler une situation curieuse, à bien distinguer de la dotalité renfermée.

(1) Le plus souvent, elle le fera de deniers paraphernaux, puisqu'il s'agit d'une hypothèse où le mari étant poursuivi sur ses immeubles, n'a vraisemblablement pas d'argent comptant à lui ou provenant de la dot de sa femme. Mais si elle payait de deniers dotaux, ce serait, comme nous le verrons, un cas de dotalité renfermée.

Comme tout autre adjudicataire, la femme ne peut payer le bordereau de collocation ni à elle-même, d'une manière fictive, ni en deniers à son mari. Par suite, si elle n'use pas de la faculté de consigner, ce qui la constituerait créancière de la Caisse des dépôts et consignations, l'immeuble va se trouver grevé de la dot entre ses mains. *C'est un paraphernal qui garantit la créance dotale de la femme.* Cette créance produit des intérêts que la femme devra servir au mari. Mais la situation est à noter aussi quand l'immeuble vient à sortir des mains de la femme. Elle peut le vendre, et comme elle n'a pas plus que son mari le droit de toucher la créance dotale, il nous semble que l'acheteur, débiteur du prix, devra différer son paiement à concurrence du montant de la dot. Mais surtout les créanciers de la femme peuvent saisir l'immeuble, le faire vendre et provoquer un ordre. La femme recevra alors un nouveau bordereau de collocation qui ne sera que la réédition du précédent, et nous retomberons dans la même situation que si, dès l'abord, l'adjudicataire avait été un tiers. Dans toutes ces conséquences, remarquons-le bien, « il n'y a, en définitive, comme le dit M. Regnault (1), que l'application du droit commun et la dot de la femme sera complètement sauvegardée sans qu'il soit besoin de recourir à la théorie de la représentation des valeurs dotales par les paraphernaux ».

Il faut peut-être étendre ces solutions au cas où la créance de la femme était devenue exigible par la séparation de biens, si l'immeuble du mari adjugé à la femme vient à être vendu ou saisi à nouveau, avec cette différence que bordereau et prix de vente seront payables immédiatement. Mais nous bornons là ces applications et nous ne croyons pas qu'on puisse expliquer par la persis-

(1) *Op. cit.*, p. 142.

tance de l'hypothèque légale tous les cas où la femme acquiert ou est censée acquérir un immeuble du mari, notamment le cas de dation en paiement après la séparation de biens. La femme perd son hypothèque du moment qu'elle acquiert la propriété de l'immeuble, alors que l'opération se fait à l'amiable, et qu'il n'y a ni intervention de justice, ni ordre, ni bordereau de collocation pour dégager et conserver à part la créance hypothécaire de la femme, comme dans les circonstances que nous venons d'examiner. Nous reviendrons, du reste, sur ce point, lorsque nous étudierons la nature du droit de prélèvement et que nous relèverons les confusions de la jurisprudence à ce sujet. Nous retrouverons alors le bénéfice des précédentes explications sur lesquelles nous avons insisté à dessein.

A vrai dire, ce droit de prélèvement nous étonne. « Nous ne sommes pas habitués, dit M. Escavy (1), à cette monstruosité juridique qui fait d'un immeuble comme un coffre-fort dans lequel seraient serrés, et comme isolés dans un sac, les deniers dotaux. » Il ne faut pas voir, en effet, dans notre théorie la suite d'une tradition de l'ancien droit. Si l'on trouve alors l'inaliénabilité de la dot mobilière assez fortement organisée dans les pays de droit écrit, les deniers dotaux placés en acquisition d'immeubles au nom de la femme acceptante ou par la femme autorisée du mari, n'avaient pas besoin d'une protection distincte. Leur incorporation, bien loin de détruire leur inaliénabilité, avait pour effet de l'aggraver. Pour dotaliser l'immeuble, il suffisait de la présence simultanée du mari et de la femme à un pacte de subrogation qui pouvait être postérieur au contrat de mariage (2). Le droit civil revint au

(1) *Op. cit.*, p. 111.

(2) V. Cass., 20 février 1849, S. 49.1.241 : Toulouse, 20 février 1850, S. 51.2.522.

droit commun en édictant que « l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal ». Dès lors il fallut organiser une protection spéciale pour les deniers dotaux renfermés dans les paraphernaux qu'ils ont servi à acquérir. « Il serait donc absurde, dit M. Lambert (1), d'argumenter contre la légitimité de ces mesures de protection de leur inexistence dans l'ancien droit, à une époque où elles n'avaient pas encore leur raison d'être. »

Ce n'est pas qu'on n'ait cherché une origine à la dotalité renfermée, dans la dotalité subsidiaire des anciens Parlements, en vertu de laquelle la femme pouvait revendiquer les immeubles de son mari acquis de deniers dotaux et par lui aliénés, en prouvant que les autres biens du mari étaient insuffisants pour payer sa dot (2). Quelquefois aussi on a qualifié, à tort, de dotalité subsidiaire, la théorie moderne de la jurisprudence (3). M. Massigli parle quelque part (4) de cette « jurisprudence constante qui tout en instituant ce que ses adversaires ont appelé une *dotalité subsidiaire* et bâtarde, n'en est pas moins logique dès qu'on admet comme principe et comme point de départ l'inaliénabilité de la dot mobilière ». La Cour de Montpellier, par arrêt du 21 février 1851 (5), a condamné cette erreur. Elle a décidé que protéger la dot incluse « ce n'est pas là créer une dotalité subsidiaire, mais seulement proclamer l'inaliénabilité de la dot mobilière et en

(1) En note, dans *Pand.*, 96.1.322, col. 2.

(2) Par application de ces principes, un arrêt de Montpellier du 27 août 1849 oblige le créancier poursuivant la vente d'un immeuble non dotal à garantir ou à rembourser à la femme le montant de ses reprises dotales, que cet immeuble représentait.

(3) V. Boyer, *De l'immutabilité de la dot constituée sous le régime dotal*, p. 172. « C'est, dit-il, le système connu dans la pratique sous le nom de dotalité subsidiaire. »

(4) *Rev. crit.*, 1892, p. 641.

(5) S. 53.2.673, et les notes de MM. Devilleneuve et Lisbonne.

appliquer le principe ». Force était bien de le reconnaître après la savante plaidoirie de M^e Lisbonne, qu'il a résumée dans une note conservée au Sirey.

La dotalité subsidiaire, en effet, n'atteignait l'immeuble acquis des deniers dotaux qu'entre les mains du mari. C'était une action subsidiaire en revendication. L'immeuble devenait dotal quand il avait été revendiqué. Mais il n'y avait pas lieu à l'application de ces principes dans l'hypothèse où la femme avait elle-même acquis l'immeuble de ses deniers : presque toujours alors il était dotal par l'effet des pactes de dotalisation. Au contraire, dans la dotalité renfermée, il ne s'agit pas pour la femme de revendiquer l'immeuble entre les mains du mari puisqu'elle le possède, et d'autre part, cet immeuble grevé du droit de prélèvement de la femme ne devient pas pour cela inaliénable.

Si l'on n'arrive à rattacher la dotalité renfermée à aucune doctrine ancienne, du moins peut-on trouver dans l'ancienne France une formule traditionnelle du droit qui puisse nous servir de « poteau indicateur », comme dit quelque part Ihering (1). De même que, chez nous, l'indépendance réciproque de la dot et des paraphernaux est soigneusement sauvegardée par la subrogation réelle, ce même principe servait dans l'ancien droit à maintenir rigoureusement la ligne de démarcation entre les meubles et les acquêts d'une part, les propres de l'autre, et cette distinction importait au plus haut point dans le système successoral d'alors. Le même souci qui porte la jurisprudence à faire une situation à part et intermédiaire aux paraphernaux acquis de deniers dotaux, conduisait à traiter d'une manière exceptionnelle les immeubles acquis par l'exercice du retrait lignager. On ne pouvait, d'une

(1) *Esprit du droit romain*, t. I, p. 36, trad. Meulenaere.

part, les traiter comme acquêts et leur enlever le caractère de propres dont la considération était la raison principale du droit de retrait : c'était porter atteinte aux droits des autres lignagers. D'un autre côté, n'y voir que des propres, c'était occasionner pour ceux des héritiers qui succédaient aux meubles et acquêts un notable préjudice, parce que l'actif de l'hérédité se trouvait ainsi diminué des capitaux employés à rembourser l'acquéreur, lors de l'exercice du retrait. Voici la conciliation imaginée. « L'héritage retiré, dit Ferrière (1), n'est réputé propre que pour un effet et une fin qui a servi de fondement pour introduire le retrait, qui est de conserver les héritages propres dans la famille... mais il n'est pas réputé tel pour procurer de l'avantage aux héritiers des propres. » Aussi bien décida-t-on que les héritiers succédant aux acquêts auraient le droit d'exiger des successeurs aux propres le remboursement des sommes payées par eux, remboursement qui devait être effectué dans l'an et jour du décès, à peine de déchéance du droit successif aux propres. Telle est la prescription de l'article 139 de la coutume de Paris. Même règle dans les articles 469 de la coutume de Normandie et 383 de la coutume d'Orléans, dans les coutumes de Calais (148) et de Bazas (6), etc... (2).

N'était-on pas aussi en présence d'immeubles recélant dans leurs flancs sans les avoir absorbées des valeurs mobilières, et qui devaient finalement les restituer ? « Dans l'hypothèse de l'article 139, dit M. Lambert à qui nous avons emprunté cet aperçu (3), il est vrai, l'indisponibilité pesait sur l'immeuble, les deniers employés demeurant libres, tandis que dans l'hypothèse de la dotalité renfermée l'ina-

(1) *Corps et compilation de tous les commentateurs de la coutume de Paris*, art. 139, glose 1, n^{os} 7 et 8.

(2) Beaune, *Condition des biens*, p. 436 ; Viollet, p. 478, note 4.

(3) En note dans *Pand.*, 96.1.322, col. 2.

liénabilité frappe les valeurs mobilières, l'immeuble restant disponible. Mais le principe d'où découlent ces deux applications est unique : des droits indivis ou distincts peuvent coexister sur un bien, non seulement au profit de divers individus, mais aussi en faveur de plusieurs universalités juridiques dont la réunion forme une même fortune. »

CHAPITRE II

DES DISPOSITIONS ET DE LA MODIFICATION DU CONTRAT DE MARIAGE QUI EMPÊCHENT, PERMETTENT OU IMPOSENT LA DOTALITÉ REN- FERMÉE.

Pour l'application de la théorie de la dotalité renfermée, il est une première condition négative consistant dans l'absence de toute obligation par le mari de faire emploi des deniers dotaux. Une telle obligation régulièrement exécutée dotalise le bien acquis. Mais cette dérogation au principe de l'article 1553 est-elle bien la seule ? « On a voulu apporter à cette règle, dit M. Vigié (1), deux exceptions ; la première serait une conséquence de la constitution de dot ; la seconde de l'époque de la transformation.

1° On a dit, l'immeuble acquis des deniers dotaux doit être dotal, toutes les fois que la femme s'est constitué en dot ses biens présents et à venir ; il ne saurait y avoir, en effet, pour cette femme que des biens d'une seule espèce, tous seraient dotaux suivant sa volonté exprimée au contrat de mariage : donc il y a une exception à l'article 1553 du Code civil ;...

2° Que ce principe s'applique, a-t-on dit, pendant le mariage et avant toute séparation de biens, cela se comprend. Mais pourquoi admettre ce principe après la séparation de biens, n'est-ce pas alors compromettre le droit de la femme, et aller à l'encontre et des intérêts de cette dernière, et de la tradition suivie dans les pays de droit écrit ? »

(1) *Rev. crit.*, 1897, p. 485.

Nous aurons à examiner ces deux difficultés dont la solution rentre dans le cadre de notre travail puisqu'il y va de l'étendue d'application de notre théorie. De plus, entre la clause de constitution de tous les biens à venir, assez rare en pratique, et l'hypothèse de séparation de biens, il nous faudra envisager le cas plus fréquent de l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal. Après avoir éprouvé tous ces obstacles prétendus ou réels à la dotalité renfermée, nous verrons si elle a pu se trouver dans la volonté des futurs époux qui rédigent leur contrat de mariage.

I. — *De la cause d'emploi ou de remploi.*

L'obligation d'emploi ou de remploi, peut être non seulement conventionnelle, mais encore légale.

C'est ce qui a lieu notamment dans le cas où la femme est autorisée par justice à aliéner un de ses immeubles. L'article 1558 qui prévoit et règle cette question, ajoute dans son dernier alinéa : « Dans tous ces cas, l'excédant du prix de la vente au-dessus des besoins reconnus restera dotal, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme. » Il est généralement admis, sauf de légères dissidences (1), que l'effet d'une telle obligation est de transmettre le caractère dotal à l'immeuble acquis.

Il en est de même au cas d'échange, dans l'hypothèse où il est dû une soulte. « L'excédant du prix, s'il y en a, dit l'article 1559, le sera aussi (dotal), et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme. »

On doit encore considérer comme biens dotaux par suite d'emploi obligatoire, les biens achetés soit avec l'indemnité payée à la femme pour l'établissement sur l'immeuble dotal d'une servitude de passage au profit d'un fonds voisin, ou encore pour prix de l'immeuble exproprié pour

(1) Tessier, *Traité de la dot*, t. I, p. 235, 236 ; Odier, *Traité du contrat de mariage*, t. III, p. 343.

cause d'utilité publique. Il s'agit dans ces cas comme dans celui de l'article 1558 d'aliénations nécessaires. De plus, dans la dernière hypothèse, l'article 43 de la loi du 3 mai 1841 déclare que le tribunal doit ordonner les mesures de remploi qu'il juge nécessaires (1).

Enfin lorsqu'un immeuble indivis, dont la part revenant à la femme est dotale, est acquis par un tiers, la portion du prix attribuée à la femme est elle-même dotale, et l'immeuble acquis en emploi de cette somme sera aussi dotal.

Il ne suffit pas que le contrat de mariage stipule l'emploi ou le remploi, ou que la loi l'impose, pour que la dotalité renfermée soit exclue de la vie juridique des époux, il faut encore que l'obligation soit valablement exécutée. Ce n'est pas, en effet, une clause qui produise son action automatiquement, si l'on peut dire, comme la constitution de biens à venir qui classe d'elle-même les biens à leur entrée dans le patrimoine.

Remarquons d'abord que l'emploi ou le remploi sont subordonnés à une double condition : la déclaration d'emploi faite dans l'acte d'acquisition et l'acceptation par la femme des effets de cette déclaration (2). En l'absence de l'une ou l'autre de ces conditions, non seulement il n'y a pas dotalité du bien, mais il n'y a pas dotalité de la valeur incluse. Comme nous le verrons, la première de ces conditions est imposée pour la publicité de la dotalité renfermée, et à l'heure actuelle la Cour suprême refuserait, croyons-nous, de sanctionner des arrêts comme ceux de

(1) Certains auteurs, tels que M. Beudant à son cours (cité par M. Gauthier, *Application de l'inaliénabilité dotale aux valeurs dotales renfermées dans des paraphernaux*, p. 32), estiment cependant que la loi de 1841 a voulu donner au juge la faculté de rendre le remploi obligatoire quand il le jugerait nécessaire, et non pas seulement celle de régler les conditions du remploi.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 539, § 534, texte et note 34.

Bordeaux, du 14 mai 1857 (1), et d'Agen, du 13 août 1891 (2), qui ont décidé qu'en l'absence d'une mention d'emploi des deniers dotaux dans l'acte d'acquisition, si la dotalisation du bien était impossible, il y avait, tout au moins, inclusion de la dot. Quant à l'acceptation de la femme, si on a pu en contester la nécessité en cas d'emploi ou de remploi, pour transférer la propriété sur sa tête, il est bien clair qu'en l'absence d'une telle obligation, elle ne peut pas devenir propriétaire sans son consentement.

Mais on peut se demander ce qu'il adviendra si l'emploi ou le remploi a été irrégulier, si, par exemple, il a été fait en d'autres valeurs que celles qui sont indiquées au contrat de mariage, ou autorisées par la loi. C'est dans ces termes que la question a été tranchée par un récent arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} août 1900 (3).

Si le remploi avait été fait conformément à la clause du contrat de mariage, il n'est pas douteux que les immeubles ou les valeurs mobilières acquis avec le prix de vente de l'immeuble eussent été des biens dotaux. Mais le prix ayant été affecté à l'achat de meubles meublants, alors que le contrat de mariage ne visait pas cette nature de biens, il n'y avait pas eu subrogation réelle, en ce qui les concernait, ils ne constituaient pas des biens dotaux. C'était des biens paraphernaux, et il n'y avait pas lieu d'envisager la société d'acquêts stipulée par les époux, puisque cette société avait été dissoute, en l'espèce, par la séparation de biens.

C'était donc à tort que le tribunal de première instance de Boulogne-sur-Mer, par jugement de 18 février 1898, et la Cour d'appel de Douai, par arrêt du 9 août 1898, avaient décidé le contraire pour des motifs différents, mais que

(1) S. 57.2.547.

(2) S. 93.2.97.

(3) S. 1901.1.5 et la note de M. Lyon-Caen.

la Cour de cassation a également condamnés en ne les reproduisant pas. Le tribunal civil s'était fondé sur ce que tous les biens présents et à venir étaient dotaux d'après le contrat de mariage. Mais, en se prévalant de la généralité de la constitution de dot, il méconnaissait qu'en cette matière, comme nous le verrons bientôt, les biens à venir ne comprennent que les biens acquis à titre gratuit, et non les biens acquis à titre onéreux. La Cour d'appel avait confirmé le jugement en modifiant quelque peu les motifs. Elle reconnaît aussi la validité de l'aliénation de l'immeuble, encore que le remploi ait été fait en meubles meublants et que cette sorte de remploi ne soit pas prévue par le contrat de mariage. Elle en donne pour raison que l'aliénation a été faite pour acquérir avec le prix des objets de première nécessité, constituant des aliments au sens légal du mot ; qu'ainsi l'on se trouvait dans un des cas où l'aliénation de l'immeuble dotal est permise par l'article 1558 du Code civil. Sans doute, l'autorisation de justice n'avait pas été obtenue, bien que l'article 1558 l'exige. Mais d'après l'arrêt d'appel, la nécessité de cette autorisation se trouvait exclue par la clause qui permettait l'aliénation des immeubles dotaux sans formalités judiciaires. C'était oublier, en présentant ainsi les choses, que le contrat de mariage n'autorisait la vente qu'à charge de remploi en certains biens. L'immeuble dotal eût été régulièrement vendu, et le remploi eût été régulièrement opéré, si le prix avait été employé à l'achat de biens de cette nature, même en dehors des cas où l'article 1558 permet la vente des immeubles dotaux. Mais dès l'instant que le remploi n'a pas été fait conformément au contrat de mariage, la vente n'a pu avoir lieu que dans les termes de l'article 1558, c'est-à-dire avec l'autorisation de justice. Le contrat de mariage excluait les formalités judiciaires, mais seulement pour les cas qu'il prévoyait et autorisait,

c'est-à-dire pour les cas de vente avec remploi en immeubles ou en valeurs dotales déterminées.

Les motifs des juges de première instance et d'appel écartés, que devait décider la Cour de cassation ?

Elle constate d'abord « qu'en l'état des faits la valeur des meubles litigieux dont l'origine est dûment constatée par l'acte authentique de remploi n'en *représente* pas moins une partie de la dot : que cette dot restituée à la dame X... après sa séparation de biens, demeure insaisissable entre ses mains, quels que soient les éléments qui la composent, mobiliers ou immobiliers, pour l'exécution des engagements par elle contractés pendant son mariage ». N'est-ce pas assimiler le cas de remploi irrégulier à l'acquisition d'un bien avec des deniers dotaux sans clause d'emploi dans le contrat de mariage ? Dès lors, ne faut-il pas appliquer la théorie de l'inclusion de la dot et décider que les meubles meublants ne sont pas insaisissables, sauf à faire sortir les deniers renfermés ? Souvent, il est vrai, il n'y aura qu'un intérêt très mince à la saisie, et même il n'y en aura aucun, en l'absence de plus-value et à plus forte raison en cas de moins-value (1), mais l'intérêt éventuel suffira à justifier la saisie et à la valider.

Ce n'est pourtant pas ce que fit la Cour de cassation, qui prononça la nullité. Il est permis de trouver que la Chambre civile a, en l'appliquant, exagéré ou dénaturé quelque peu la théorie de l'incorporation de la valeur dotale dans un paraphernal, et qu'il y a un certain désaccord entre la prétendue application de cette théorie par la Chambre civile et la théorie elle-même.

Tel n'est pas l'avis de M. Lyon-Caen. « Si l'on admet, dit-il, la théorie de l'incorporation des valeurs mobilières

(1) Ce sera bien le plus souvent le cas des meubles meublants qui se détériorent par l'usage.

dans les paraphernaux en cas d'emploi ou de remploi irrégulier, c'est-à-dire dans un cas non autorisé par une clause du contrat de mariage, l'arrêt de la Chambre civile doit être approuvé. Il est une déduction logique de cette théorie. » Et il justifie son allégation par deux raisons spéciales. Nous ne nous arrêterons pas à la première, tirée de ce fait que la femme dotale était séparée de biens, lorsqu'elle a vendu un de ses immeubles et employé une partie du prix à acheter des meubles meublants : nous nous proposons d'étudier plus loin les effets de la séparation de biens. La deuxième raison est la plus spécieuse. M. Lyon-Caen fait remarquer qu'il s'agissait de l'emploi non pas de deniers ayant le caractère dotal, parce qu'ils avaient été compris dans la constitution de dot, mais de deniers dotaux ayant ce caractère parce qu'ils provenaient de la vente d'un immeuble dotal, aliénable seulement avec faculté de remploi en certains biens ou en certaines valeurs. Et il conclut ainsi : « L'inaliénabilité des immeubles dotaux ne doit pas pouvoir être compromise par une transformation irrégulière que la femme a fait subir à la dot immobilière. Pour qu'elle ne soit pas compromise, il faut que les meubles qui, en définitive, représentent des immeubles dotaux soient traités en droit comme l'étaient ces immeubles. Ceux-ci sont insaisissables. Ceux-là doivent l'être aussi. »

Nous ne souscrivons pas à ce système. M. Lyon-Caen, qui cependant fait ses réserves au sujet de la théorie de la dotalité renfermée, nous semble pousser trop loin la protection de la femme dotale contre les actes qui pourraient compromettre sa dot. A ce compte là, il faudrait dotaliser aussi les biens acquis en remploi, même lorsque l'acte d'acquisition ne constate pas l'origine des deniers, et que par suite les tiers n'ont pas pu être avertis. On devrait décider aussi que le bien acquis du prix de vente d'un

bien dotal inaliénable est lui-même dotal (1). En un mot, partout et toujours, l'intérêt de la femme doit faire pencher la balance, au détriment des tiers. Est-il besoin de dire que ce procédé est excessif? S'il existe des mailles trop larges, par où puisse passer la femme dotale, dans le réseau de protections dont elle est enveloppée, nous la laisserons s'évader et ce ne sont pas les tiers qui s'en plaindront.

L'application de la dotalité renfermée au cas de remploi irrégulier a été admise comme solution subsidiaire par un arrêt de la Cour d'Aix du 17 juillet 1899 (2). Contrairement aux prescriptions du contrat de mariage réglant la clause de remploi, une femme dotale avait accepté un immeuble qui restait grevé d'une inscription hypothécaire. Le remploi était irrégulier, puisque l'immeuble aurait dû être libre de toute charge. La Cour décida néanmoins que l'immeuble était dotal, mais ajouta que lors même qu'il ne le serait pas devenu, ce serait un immeuble paraphernal renfermant des valeurs dotales.

II. — *De la constitution de biens à venir.*

Nous avons vu qu'en présence d'une clause d'emploi ou de remploi valablement exécutée, l'immeuble acquis de deniers dotaux était dotal. C'était limiter d'autant le champ d'application de la théorie de la représentation des valeurs dotales. Faut-il attribuer la même portée à la constitution de biens présents et à venir et poser un nouvel obstacle à l'inclusion de la dot?

Certains l'ont prétendu. M. Dutruc notamment a soutenu que « dans cette hypothèse, l'immeuble acquis par la

(1) Nous aurons l'occasion de dire que la Cour de cassation a rejeté cette conséquence.

(2) *Loi*, 20 octobre 1899.

femme avec ses deniers dotaux est dotal, puisqu'elle ne saurait avoir de paraphernaux. Ici, aucune atteinte n'est portée au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; le caractère de dotalité ne devait-il pas, d'après ces conventions mêmes, affecter tous les biens que pourrait posséder la femme. L'article 1553 n'a en vue que le cas où la femme s'est fait une constitution partielle de dot ; alors seulement on peut redouter une transformation contraire aux principes de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1) ». C'est en somme assimiler la constitution de biens à venir à une clause générale d'emploi facultatif qui dotaliserait les biens acquis par la femme non seulement de deniers dotaux, mais de deniers d'origine quelconque. Dès lors, comme le dit M. Rodière (2), « il est métaphysiquement impossible qu'elle ait jamais, pendant toute la durée du mariage autre chose que des biens dotaux, ou il faut classer au rang des préjugés le vieil axiome : qui dit tout n'excepte rien ». Les articles du Code qui proclament l'immutabilité des conventions matrimoniales ne prohibent que les augmentations conventionnelles. Mais telle n'est pas notre hypothèse. « La dot n'a pas été augmentée conventionnellement ;.... elle s'est enrichie, elle s'est accrue, en dedans, non en dehors de l'enceinte tracée par le contrat ; ... les domaines de la dot se sont peuplés, leurs frontières ne se sont pas élargies (3). »

La Cour de Toulouse a nettement affirmé cette doctrine par un arrêt du 17 décembre 1868 (4). Elle pose en principe que « le législateur n'a pas entendu faire prévaloir la règle qu'édicte l'article 1553 contre les conventions par

(1) *De la séparation de biens*, n° 454, note 5.

(2) En note dans S. 70.1.185, col. 3.

(3) Eyssautier, en note dans S. 69.2.129.

(4) S. 70.1.185 et la note Rodière ; D. 69.2.1 et la note Brésillon. V. aussi Grenoble, 1^{er} juillet 1846, S. 47.2.280.

lesquelles, dans leur contrat de mariage, les époux y auraient librement dérogé ;... c'est toujours à la volonté des époux qu'il se conforme ;... en présence d'une constitution générale de dot, l'inapplicabilité de la règle édictée par l'article 1553 doit être reconnue en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. »

Mais la majorité des arrêts et des auteurs repoussent avec raison cette solution (1). Ils décident que les constitutions de biens à venir, malgré la généralité des termes employés, n'embrassent dans leurs prévisions que les biens à titre gratuit, et que pour atteindre les biens à titre onéreux, il faut une clause d'emploi ou de remploi (2).

Comme le dit la Cour de cassation dans son arrêt du 12 avril 1870, rendu dans le cas d'une adjudication, « les immeubles adjugés à la femme ne constituent pas des biens à venir protégés par la constitution générale de dot, puisqu'ils étaient acquis au moyen de valeurs qui déjà appartenaient à l'adjudicataire ». En d'autres termes, les biens à venir que la constitution générale de dot fait entrer dans le patrimoine dotal de la femme, sont ceux qui viennent l'augmenter. Or, une telle qualification ne saurait convenir aux biens qui en remplacent d'autres. Dès lors, nous sommes en présence de l'article 1553, qui est un obstacle à la dotalisation en propriété. « D'autre part, ajoute la Cour

(1) Grenoble, 11 juillet 1857, S. 57.2.549 ; Cass., 26 juin 1865, S. 65.1.404 ; Cass., 12 avril 1870, S. 70.1.185 ; Montpellier (sauf réserve), 24 juin 1871, S. 71.2.88 ; — Aubry et Rau, t. V, § 534, p. 539, texte et note 30 ; Guillouard, t. IV, n° 1741. Cf. pour les deniers non dotaux : Chambéry, 18 juin 1868, S. 69.2.129 ; Cass., 18 janvier 1892, D. 92.1.531 ; Pau, 5 avril 1892, D. 93.2.333 ; Riom, 9 janvier 1897, *Gaz. Pal.*, 97.1.105.

(2) Il ne suffirait pas que la femme se constitue les biens advenus par succession, donation, legs ou autrement. Cette dernière expression s'applique exclusivement aux autres modes d'acquisition au même titre. V. Cass., 24 novembre 1890, S. 93.1.313.

suprême, la disposition de l'article 1553 étant, par la généralité de ses termes, exclusive de toute distinction ou réserve, lesdits immeubles n'étaient pas non plus dotaux comme substitués aux deniers qu'ils remplaçaient (1). »

Certains arrêts ont tenté d'éluder la difficulté en attribuant la propriété au mari. C'est ainsi que, le 19 mars 1869 (2), la Cour de Grenoble a décidé « qu'en supposant la femme possesseur ou le mari débiteur envers elle de la somme versée dans l'acquisition, l'affectation de cette somme au paiement du prix ne pouvait faire entrer l'immeuble acheté que dans les biens du mari, et non dans ceux de la femme, sauf au profit de celle-ci un surcroît de garantie de la restitution de la dot ». C'est l'exposé d'une thèse que nous rencontrerons plus loin pour la combattre, qui refuse à la femme dotale le droit d'acquérir pour son compte. Mais en cas de constitution de biens présents et à venir, la thèse tire de ces circonstances un caractère plus spécieux. La Cour pose, en effet, le dilemme suivant : « *ou* les immeubles ainsi achetés se trouveraient compris dans la généralité des biens qui sont dotaux, ce qui dotaliserait l'immeuble en dérogeant à la loi par une disposition étrangère aux conventions matrimoniales et postérieure au mariage, *ou bien* le bénéfice de l'acquisition faite au nom de la femme par elle et pour elle, lui constituerait des biens libres ou extradotaux en modifiant ainsi le contrat immuable qui dotalise tous ses biens ». Elle

(1) M. Brésillion signale (en note dans D. 69.2.2) une singularité du système de la dotalisation. Au cas d'achat d'un immeuble par la femme au moyen d'une somme d'argent représentant l'intégralité des biens présents, si cet immeuble était un bien à venir, la constitution dotale se trouverait réduite à néant quant aux biens qu'elle possédait lors de son mariage, et il n'y aurait plus que des biens à venir.

conclut que « l'unique moyen légitime d'échapper à ces contradictions... est de ne reconnaître à la femme, dans une acquisition immobilière faite même en son nom, avec l'avoir dotal, que le droit au remboursement des deniers employés, en laissant toujours au mari la propriété de l'immeuble acquis, avec ses avantages, comme avec ses périls ». Nous repoussons ce moyen terme qui n'est qu'une échappatoire et un détour : il refuse à la femme la faculté d'acquérir, alors qu'aucun texte ne le lui interdit.

Par là même que nous rejetons le système de la dotalité des biens à venir, nous écartons aussi un autre système intermédiaire, qui dotalise seulement la plus-value des immeubles. A supposer une augmentation de valeur par suite de circonstances favorables, telles que la construction d'une route ou d'un chemin de fer, cette plus-value ne saurait être dotale, car elle ne peut avoir une autre nature que le bien auquel elle s'incorpore. Quand la femme acquiert un immeuble de deniers dotaux sans clause d'emploi, cet immeuble, disons-nous, est paraphernal. Mais c'est une façon un peu impropre de parler. Ce qui est paraphernal, c'est le droit de propriété, le droit de tirer profit de l'immeuble, et il n'est pas plus influencé, ne serait-ce que partiellement, dans sa nature, par les circonstances économiques, que ne le serait une créance par les chances heureuses ou malheureuses de fortune du débiteur, qui en assurent ou en compromettent le paiement.

La théorie que nous combattons a quelquefois été admise par la jurisprudence, mais les considérants de ces décisions en affaiblissent singulièrement la portée.

Le sort de la plus-value, avons-nous dit, est solidaire de celui de l'immeuble auquel elle est inhérente. Tout dépend donc de l'opinion qu'on a sur la nature de cet immeuble, acquis de deniers dotaux sans clause de emploi.

Or précisément les arrêts en question n'ont pas une idée nette de la distinction entre l'immeuble paraphernal et la valeur dotale qu'il renferme. C'est ainsi qu'un arrêt de Grenoble du 1^{er} juillet 1846 (1) décide que « si les immeubles qui ont été livrés à la femme par son mari *ne sont pas dotaux* en ce sens qu'elle pourrait en opérer volontairement la vente... ils *sont dotaux* en ce sens qu'ils représentent la dot mobilière, et que les créanciers ne peuvent pas plus porter leurs exécutions sur eux qu'ils ne le pourraient sur la dot mobilière elle-même ». La fausseté de cette dernière affirmation, qui apparaîtra dans le cours de cette étude, amène logiquement la Cour à conclure qu'« il importe fort peu que ces immeubles eussent une valeur plus considérable que la dot qu'ils ont servi à rembourser, puisque la femme s'étant constitué tous ses biens présents et à venir, cet excédant, s'il existe, ferait aussi partie de la dot ».

La Cour de Montpellier, par un arrêt du 21 juin 1871 (2), rendu sur renvoi après cassation, fait une autre confusion. Elle admet bien nettement que les immeubles ne sont pas dotaux, reconnaît « que la plus-value inhérente aux immeubles, doit partager leur sort », et néanmoins décide que cette plus-value est dotale. Cet arrêt reproduit, ce nous semble, une erreur qui s'était révélée plus explicitement dans le jugement initial sur la même affaire, rendu par le tribunal de Castelsarrazin, le 3 avril 1868 (3). « La plus-value, dit-il, représentée par les immeubles subrogés aux deniers dotaux, participe de la nature dotale de ces mêmes deniers », et il insiste et revient sur cette idée, en ajoutant plus loin, sous une autre forme, que « cette augmentation se trouvant sous l'influence légale

(1) S. 47.2.280.

(2) S. 77.2.88.

(3) S. 70.1.185.

d'une constitution de biens à venir revêt comme la dot mobilière principale à laquelle elle s'incorpore sur les biens qui la représentent, le caractère de dotalité. » Ainsi, d'après ces décisions, l'augmentation de valeur viendrait s'ajouter aux deniers dotaux renfermés. Mais cette conception est fausse, comme nous croyons l'avoir montré. La plus-value vient augmenter le profit et les services que la femme, propriétaire paraphernale, peut attendre de sa chose, mais ne saurait accroître à la valeur dotale incluse. Ce sont choses distinctes et incompatibles entre elles. Du reste, quand nous en viendrons aux effets de la dotalité renfermée, nous pourrons mesurer les conséquences pratiques d'un système, qui supprime, en fait, le droit de saisie des créanciers.

En terminant sur cette conclusion que la constitution de biens à venir n'empêche pas l'inclusion de la dot dans les paraphernaux acquis de deniers dotaux, il nous faut bien faire remarquer, qu'elle s'opposerait, au contraire, à l'application de notre théorie, au cas de succession. La dévolution héréditaire est, au premier chef, une cause d'acquisition de biens à venir, et les immeubles échus seront dotalisés par la constitution générale. Il n'y a plus besoin de garantir leur valeur puisque la pleine propriété en est protégée.

III. — *De l'adjonction d'une société d'acquêts.*

Il nous faut prévoir l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal, combinaison qui, à la différence de la précédente, n'influe pas sur le sort des biens acquis par succession, et en voir les conséquences relativement aux biens acquis de deniers dotaux. S'ils l'ont été en vertu d'une obligation légale ou conventionnelle d'emploi ou de remploi, il est certain que ces biens seront dotaux (1).

(1) Rouen, 26 avril 1872, S. 73.2.133 ; Aubry et Rau, t. V, p. 644, 541 bis.

Mais il se peut qu'il n'y ait pas de clause d'emploi ou de remploi, ou que l'exécution en soit irrégulière. La question se pose alors de savoir si le bien est un paraphernal ou un acquêt. Contrairement à l'opinion de Guillouard (1), il nous semble avec Tessier (2) et Aubry et Rau (3), que c'est un acquêt. Il est vrai que l'article 1553 ne résout pas une question de propriété lorsqu'il décide que « l'immeuble acquis de deniers dotaux n'est pas dotal », mais il n'empêche pas non plus l'effet de la société d'acquêts, qui réclame un tel immeuble. Dès lors, nous n'aurons plus affaire à un paraphernal renfermant des valeurs dotales. Est-ce à dire qu'il n'y a plus d'inclusion de la dot ? Il est permis de croire que si. Du reste, telle a été l'opinion de la Cour de Chambéry, dans une affaire assez curieuse dont nous voulons dire un mot.

Une femme s'était mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, et son contrat stipulait l'emploi de deniers dotaux, avec cette nuance très importante que « le prix seul sera dotal ». Cette clause que nous analyserons plus loin, équivalait, nous le verrons, à la dotalité renfermée. L'emploi fut réalisé. L'immeuble acquis ayant été saisi par les créanciers du mari, la femme fit opposition à la saisie. Le tribunal de St-Julien, par jugement du 30 octobre 1882 (4), déclara sa demande mal fondée, « attendu qu'elle était sans droit sur l'immeuble lequel était un acquêt de la communauté existant entre les époux ». C'est la solution que nous avons adoptée. Le tribunal ajoute qu'« elle avait seulement droit sur le prix de cet immeuble jusqu'à concurrence du prix payé au sieur X... ». N'était-ce pas

(1) T. IV, p. 2197. V. aussi Caen, 8 août 1863, S. 70.2.116.

(2) *Traité de la société d'acquêts* (éd. de Loynes), p. 107.

(3) T. V, § 541 bis, p. 644. V. aussi trib. Les Andelys, 14 février 1899, *Le Droit*, 25 avril 1899.

(4) S. 88.1.145, et la note Labbé.

reconnaître sur un acquêt un droit de prélèvement pour la femme dotale? La Cour de Chambéry confirma cette décision par arrêt du 21 avril 1883. La question, il est vrai, se présentait sous un jour tout spécial. C'était le contrat de mariage lui-même qui avait stipulé la dotalité du prix. Mais il semble bien que la solution à donner serait la même, si le remploi n'avait pas été prescrit, et que la théorie jurisprudentielle de l'inclusion de la dot trouverait aussi bien sa place, à l'occasion des acquêts, qu'à propos des paraphernaux.

Sur pourvoi de la femme dotale, déboutée de son opposition, l'affaire fut portée en cassation et parvint à la Chambre civile. La décision fut cassée par un arrêt du 1^{er} décembre 1886. Mais la Cour suprême n'eut pas, en somme, à se prononcer sur notre controverse. Elle déclara que si l'immeuble n'était pas dotal (1), tout au moins était-il paraphernal et insaisissable par les créanciers du mari.

Nous estimons avec M. Labbé (2) que « si l'on peut déduire d'une clause du contrat de mariage que le bien dont le prix a été payé avec ses deniers dotaux est non pas dotal, mais affecté de la restitution d'une somme dotale, il faut, avant de se prononcer sur la validité d'une saisie,

(1) Notre espèce présentait cette bizarrerie que le titre d'acquisition et la quittance étaient en désaccord avec le contrat de mariage. Alors que le contrat portait que « le prix seul sera dotal » les actes susindiqués parlaient de copropriété dotale pour la femme jusqu'à concurrence de la somme payée.

M. Labbé fait justement remarquer que « ces clauses contradictoires entre elles et avec le contrat de mariage sont nulles dans la mesure où elles sont dérogoires ; elles doivent être ramenées dans les termes du contrat primitif qui est immuable. Dans les acquisitions faites en emploi ou remploi de deniers dotaux le prix seul est dotal ; donc point de copropriété dotale ». Il ajoute qu'il fallait décider que les immeubles étaient des conquêts.

(2) En note dans S. 88.1.145, col. 3 et 146, col. 1.

éclaircir ce point ; car ce serait la communauté qui serait propriétaire du bien, sous la charge du prélèvement de la somme dotale ». Le savant auteur ajoute : « Peut-être les magistrats n'ont-ils pas cru devoir arrêter leurs yeux sur une telle anomalie (ce composé hybride d'un bien conquêt qui renferme une valeur dotale à en exprimer, à en dégager, à en extraire avant de le traiter comme conquêt). Mais comme cette situation résultait du contrat de mariage, et avait été acceptée par les premiers juges, la Cour devait se prononcer sur la légalité de cette combinaison ».

Elle ne s'est pas prononcée : la question reste donc ouverte. Mais au cas où l'on admettrait une dot incluse dans les acquêts, il ne faut pas se dissimuler qu'on va au devant de difficultés sérieuses. Au moment du parti à prendre sur la communauté, si l'acquêt renfermant la dot n'est pas attribué à la femme, soit qu'il soit attribué au mari ou à ses héritiers, soit que la femme répudie la communauté, ne faudra-t-il pas que la femme exerce préalablement son droit de prélèvement ? Elle n'a pas pu y renoncer, alors même qu'elle laisserait la communauté au mari. Aussi bien notre conclusion sera-t-elle celle de MM. Le Courtois et Surville (1). « En présence de la difficulté soulevée par l'emploi des deniers dotaux dans les termes que nous venons de prévoir, n'est-il pas bon de dire, que les parties seront des mieux avisées en précisant les clauses de leur contrat de mariage afin d'éviter toute contestation ? Rien ne les empêche de restreindre par une stipulation formelle la composition de la société d'acquêts. »

IV. — *De la séparation de biens.*

L'inaliénabilité de la dot mobilière ne suffit pas tou-

(1) *Du contrat de mariage*, t. III, p. 765.

jours à protéger efficacement la femme. Le mari, en effet, peut dissiper la dot ou ne pas en affecter les revenus aux charges du ménage. La femme dotale aura alors recours à la séparation de biens pour écarter le péril de la dot. C'est cette modification judiciaire au contrat de mariage dont il nous faut envisager les effets au point de vue de l'inclusion de la dot.

Remarquons d'abord que la séparation de biens n'a pas pour effet de mettre fin à l'inaliénabilité. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont unanimes en ce sens, et l'on ne comprendrait pas, que la séparation de biens, qui est une mesure de protection pour la femme, vint supprimer celle qu'elle avait déjà et qui aux termes de l'article 1554, doit persister « pendant le mariage » (3). La séparation de biens ne portant pas atteinte à l'inaliénabilité de la dot mobilière, laissera par là même subsister la dotalité renfermée, ou permettra de l'établir, même à l'égard des créanciers postérieurs à la séparation. La jurisprudence admet d'une façon constante que le bien acquis de deniers dotaux (4) ou donné en paiement de la dot (5), après sépa-

(1) V. notamment Aubry et Rau, t. V, § 539, p. 617 ; Guillouard, t. IV, n° 2110.

(2) Cass., 19 avril 1819, S. 20.1.19 ; Cass., 13 déc. 1865, D. 66.1.19 ; Cass., 4 juillet 1881, D. 82.1.194.

(3) Les premiers interprètes du Code, tels que Delvincourt et Toullier, ont soutenu le contraire en invoquant l'article 1449 qui dispose que la femme séparée « ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée de justice à son refus », ou encore l'article 1561 qui rend les immeubles « prescriptibles après la séparation de biens ». Ces arguments ont été trop souvent réfutés depuis pour insister.

(4) Cass., 12 avril 1870, S. 70.1.185 ; Pau, 8 juin 1892, S.94.2.315.

(5) Riom, 8 août 1843, S. 44.2.590 ; Montpellier, 21 février 1851 et 18 février 1853, S. 53.2.673 ; Toulouse, 24 février 1860, S. 60.2.306 ; Bordeaux, 14 mai 1857, S. 57.2.547 ; Caen, 15 février 1870, S.70.2.117 ; Limoges, 27 décembre 1892, D. 94.2.302 ; Grenoble, 1^{er} juillet 1897, D. 98.2.430.

ration de biens, est un paraphernal renfermant des deniers dotaux.

Mais ne pouvait-elle pas dotaliser un tel bien et éviter ainsi les multiples inconvénients de la dotalité renfermée, tout en restant dans la logique de son système de protection pour la femme ? Certains auteurs l'ont soutenu avec beaucoup de vraisemblance, en prétendant imposer à la femme séparée une obligation d'emploi qui aurait pour effet de transférer le caractère dotal au bien acquis.

Tessier (1) après avoir fait remarquer qu'avant la séparation, la femme était protégée par l'hypothèque légale, ajoute : « Voilà des garanties contre la dissipation de la dot et ces garanties disparaissent pour la femme qui, une fois la séparation prononcée, reçoit ses deniers dotaux... Qui répondra que la femme gardera soigneusement la dot par elle touchée pour en appliquer les fruits aux charges du mariage ; qu'elle ne la dissipera pas en spéculations inconsidérées ou en folles dépenses, qu'elle ne la livrera pas à des créanciers envers lesquels elle se serait déjà obligée ou elle viendrait à s'obliger dans la suite ? qui empêchera qu'un mari ne réussisse à faire passer dans ses mains ou dans celles de ses créanciers les deniers dotaux d'une épouse toujours faible et souvent irréfléchie, et cela à l'aide d'une séparation de biens concertée dans ce but ? »

Dans l'ancien droit, on y pourvoyait par l'emploi ou le bail à caution. « L'ancienne jurisprudence qui voulait la fin voulait les moyens, et elle avait compris toute l'inconséquence qu'il y aurait à admettre le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière et à repousser néanmoins les précautions qui, advenant la séparation de biens, tendent à empêcher que quelque atteinte ne soit portée à ce principe. » Salviat nous en est garant pour le Parlement de

(1) *Op. cit.*, p. 352 et s., en note.

Bordeaux (1), Catelan pour celui de Toulouse (2). Nous retrouvons la même règle dans Basnage, Fabre, Lapeyrère. Julien (3) indique d'abord que la femme est colloquée sur les immeubles du mari, et il ajoute : « La vente des fonds sur lesquels la femme a été colloquée, faite pendant le mariage, est nulle. » Qu'est-ce à dire, sinon que ces fonds sont dotaux, que l'emploi a eu pour effet de les dotaliser ?

Tessier en conclut que « ces sûretés pour n'être pas dans la lettre du Code civil n'en sont pas moins dans son esprit », étant donné que « les auteurs du Code civil ont voulu maintenir le régime dotal tel qu'il existait dans les pays de droit écrit ». Nous adopterions volontiers la solution, mais nous n'aimons guère le motif. Nous ne dirions pas davantage avec M. Rodière (4) « que le silence que garde la loi n'a pu avoir d'autre cause que l'inattention du législateur ». Pourquoi rechercher « ce qui a dû être nécessairement dans sa pensée » ?

Nous dirons simplement que la codification n'est pas « un acte du législateur qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines » (5), une « liquidation juridique » du passé, une « mise en disponibilité » ou en retrait d'emploi des historiens du droit. Leur science trouve à s'exercer pour combler les vides laissés par le législateur, et comme le dit M. Glasson (6), « en présence d'une institution fortement organisée dans l'ancien droit..., la méthode historique est visiblement celle qui deviendra le meilleur guide du jurisconsulte et du praticien ».

Dans l'espèce, ils n'auraient peut-être pas même été

(1) *Journ. du Parl. de Bordeaux*, V^o Dot, n^o 4.

(2) *Arr. remarquables du Parl. de Toulouse*, t. II, liv. 4, chap. 26.

(3) *Elém. de jurisprudence*, livre I, titre 4, § 36 et 37.

(4) En note dans S. 70.1.185, col. 1.

(5) Boutmy, *Rev. intern. ens.*, 1889, p. 222.

(6) *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900, t. I, p. 500.

gênés par l'article 1553 qui décide que « l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal ». Ils n'auraient pas eu à plier et à tordre les textes, comme ils l'ont fait pour asseoir la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cet article, en effet, peut-on dire n'est pas écrit pour le cas exceptionnel de la séparation de biens. « Il n'est point placé dans les premières dispositions du chapitre qui indiquent ce qui est dotal et ce qui ne l'est pas, ni dans la *section première* où la loi parle de la constitution, mais dans la *section II* qui s'occupe des *droits du mari sur les biens dotaux*. Or après la séparation de biens, le mari n'a plus aucun droit sur la dot (1). »

Quoi qu'il en soit, on ne trouve dans ce sens que quelques arrêts de Cours d'appel (2). La Cour de cassation a nettement pris position en sens contraire (3). Tessier après avoir soutenu l'opinion que nous avons développée écrivait : « Nous ne désespérons pas encore de voir la jurisprudence finir par se fixer dans ce dernier sens. » Il n'a pourtant pas réussi à la mettre dans la voie qu'il croyait la bonne. Aujourd'hui les illusions ne sont plus permises. A tout perdre, si le système de la jurisprudence est peu compatible avec la protection dont elle entoure la dot mobilière, n'a-t-il pas dans certains cas, des avantages ? Dans l'hypothèse où la femme ferait librement emploi de sa dot, l'application de la dotalité renfermée sera moins nuisible à son crédit que la dotalisation pure et simple. Les tiers auront toujours l'espoir de profiter des plus-values et de faire sortir un excédant de valeur en sus et par delà la dot mobilière.

Ajoutons, en terminant, que la séparation de corps

(1) Rodière, *loc. cit.*

(2) Le dernier que nous ayons relevé est d'Agen, 9 février 1849, D. 59.2.89.

(3) V. cependant Cass., 4 mai 1884, S. 85.1.61.

n'aura pas plus d'effet sur la dotalité renfermée, que la séparation de biens pure et simple. La loi du 6 février 1893 qui, en modifiant l'article 344 du Code civil, a soustrait la femme à la nécessité de l'autorisation maritale, n'a pas fait disparaître l'inaliénabilité (1).

V. — *De l'absence d'emploi ou de remploi, et de l'emploi dont le prix seul sera dotal.*

Par cela même que les époux adoptent le régime dotal et qu'ils dotalisent directement ou indirectement leurs biens mobiliers ou certains d'entre eux, ils admettent l'inaliénabilité de ces biens avec toutes ses conséquences : ils sont censés prévoir l'application de la théorie de la dot renfermée. Il est fort possible qu'ils aient stipulé la dotalité de deniers sans clause d'emploi, ou l'aliénabilité d'immeubles dotaux sans clause de remploi, précisément en considération de l'inclusion de la dot, qui protège dans une certaine mesure les deniers placés dans un bien acquis au nom de la femme. Ils peuvent même stipuler de la sorte, avec la conviction intime que cette garantie trouve dans la loi sa sanction nécessaire, et que le Code assure la conservation de la dot contenue dans les paraphernaux. Pour les auteurs qui, comme M. Gény (2) refusent, à bon droit, ce semble, de voir dans la jurisprudence une source directe du droit, mais la considèrent comme un organe impulsif, initiateur de la coutume, la marche en avant et l'évolution du droit seraient réalisées en partie par de telles pratiques notariales, qui substituent dans le contrat de mariage au régime dotal du Code un régime en harmonie avec la jurisprudence.

(1) Bufnoir, *Annuaire de législ. française*, 1893, p. 50 ; Cabouat, *Lois Nouvelles*, 1893, p. 30 ; Thiénot, *Rev. crit.*, 1893, p. 373.

(2) *Op. cit.*, p. 422 et s.

Mais les époux peuvent faire davantage et stipuler formellement l'emploi de deniers dotaux en acquisition d'immeubles « dont le prix seul sera dotal ». La jurisprudence s'est parfois trouvée en présence de clauses semblables (1). Elles signifient que les biens ne seront pas dotaux en totalité et plénitude, mais grevés de la restitution d'une somme dotale, et que la dotalité réelle est convertie en une assurance de recouvrement d'une somme d'argent. Nous croyons à la parfaite validité d'une telle combinaison. Nous estimons de plus, avec M. Labbé, qu'elle peut, dans certains cas, présenter une réelle utilité et que les époux en la préférant à la clause d'emploi ordinaire ont pris un parti qui s'explique très bien.

Cette dotalisation restreinte au prix est d'abord tout à fait valable. Nous savons bien qu'« il importe de se garder avec grand soin de confondre, d'une part, le domaine laissé libre à l'autonomie de la volonté, et d'autre part, celui dans lequel le législateur a jugé opportun de restreindre la liberté individuelle en établissant des incapacités » (2). Mais, dans l'espèce, en autorisant la dotalisation du bien acquis en emploi ou en remploi de deniers dotaux, le législateur a, par là même, autorisé toute stipulation plus défavorable à la femme et moins préjudiciable aux tiers. Or telle est bien notre stipulation. La femme, en effet, renonce à la chance des augmentations de valeur qui compenseraient les moins-values. La loi ne saurait l'en empêcher : elle n'est qu'une limite approximative, une circonférence que les parties ne peuvent dépasser, mais à l'intérieur de laquelle, elles peuvent adopter toutes les combinaisons qu'elles veulent. « Dès que de nouveaux

(1) Trib. St-Julien, 30 oct. 1882, S. 88.1.145 et la note Labbé.

(2) Surville, *Rev. crit.*, 1892, p. 333, 334, à propos de l'incapacité du sénatus-consulte Velléien.

textes sont promulgués, dit quelque part M. Girard (1),... l'ingéniosité collective et anonyme des praticiens se met à les examiner de tous les côtés et sous tous les jours pour découvrir tout ce qu'ils permettent et tout ce qu'ils contiennent, pour en tirer toutes les conséquences, même les plus inattendues qui peuvent en sortir. » Telle est bien la clause qui nous occupe. Remarquons qu'elle est contenue dans l'exception de l'article 1553, et qu'elle pourrait bien trouver grâce aux yeux des auteurs qui persistent à nier l'inaliénabilité de la dot mobilière. Les époux ne disent pas que le prix de l'immeuble acquis de deniers dotaux sera dotal parce qu'il remplace, en quelque sorte, et fait réapparaître ces deniers avec leur caractère d'inaliénabilité. Ils stipulent simplement que le emploi ne produira pas tout l'effet que la loi permet de lui attribuer ; ils ne se réclament que partiellement de la protection du législateur.

Cet abandon partiel des garanties légales par la femme n'est pas sans compensation, et il est fort possible qu'il soit le résultat d'une volonté réfléchie. Si les époux insèrent une clause d'emploi et qu'ils l'exécutent, il est bien rare que le nouvel immeuble soit d'une valeur exactement égale à la somme à employer. Si cette somme est inférieure, l'immeuble va être dotal à concurrence seulement et paraphernal pour le surplus, ce qui aboutit à une *dotalité partielle*.

Le respect de la dotalité force alors, en cas d'aliénation volontaire à un partage en nature, et s'il n'est pas possible, à une licitation préalable, où les droits de la femme vont courir de grands risques. Ces préliminaires ne sont pas nécessités par l'inclusion de la dot. A ce premier point de vue, « il vaut mieux rendre inutile une licitation préala-

(1) *Op. cit.*, de M. Aftalion, préface (*Extrait du rapport sur les prix de la Faculté de droit de Paris*, 1897).

ble pour dégager la dotalité partielle renfermée dans le bien. C'est le résultat de notre clause qui exige simplement que la somme dotale, dans son invariable montant, ressorte du bien (1) ».

La dotalité partielle n'empêche pas la saisie (2) ; mais au cours de la procédure d'ordre, il y aura lieu à une ventilation, pour déterminer la partie du prix qui représente la portion dotale de l'immeuble, afin de l'attribuer à la femme ; et celle qui correspond à la fraction paraphernale, afin de la distribuer entre les créanciers. La dot va donc subir le contre-coup de toutes les diminutions de valeur de l'immeuble, qui vont l'affecter proportionnellement, alors qu'elle aurait pu être retirée intégralement en cas de dotalité renfermée. Prenons des chiffres pour préciser. Un immeuble est acheté 100.000 francs par une femme dotale, pour servir de remploi, et payé de deniers dotaux à concurrence de 75.000, soit des $\frac{3}{4}$ de la valeur. L'immeuble est saisi, vendu et adjugé 80.000. S'il y avait eu dotalité renfermée, la femme aurait prélevé le montant intégral de 75.000, tandis qu'au cas de dotalité partielle, elle ne peut toucher que les $\frac{3}{4}$ du prix d'adjudication, 60.000. Elle perd donc la différence, 15.000 francs.

C'est pour éviter cette conséquence qu'on a parfois essayé de régler l'hypothèse de la dotalité partielle comme celle de la dotalité renfermée. M. Charmont (3), notamment, a tenté de faire cette assimilation dans le cas spécial où une construction a été élevée sur un fonds dotal et participe à sa dotalité. Un arrêt de la Cour d'Aix du 10 juillet 1899 (4), résolvant pour la première fois la question,

(1) En note dans S. 88.1.146, col. 2.

(2) Pau, 12 août 1868, S. 68.2.299, contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Lospinasse.

(3) *Rev. crit.*, 1901, p. 78 et s.

(4) D. 1900.2.241.

avait autorisé l'architecte qui a fait des constructions sur une propriété dotale et qui a rempli les formalités prescrites pour la conservation du privilège, à faire saisir à la fois le sol et l'édifice. La Cour lui avait octroyé le droit de se faire payer par préférence sur la portion du prix d'adjudication représentant la valeur des constructions, l'autre partie, correspondant à la valeur du fonds, étant considérée comme dotale. C'était, en somme, reconnaître une *dotalité partielle, mais seulement au regard et au profit de l'architecte*. L'arrêt avait décidé, en outre, qu'il devait y avoir lieu à une ventilation pour déterminer la partie du prix correspondant à la dot. En cas de dépréciation du terrain, cette fraction devait être inférieure au montant de la dot. « C'est un résultat inacceptable, dit M. Charmont. Il nous eût paru plus conforme aux principes du régime dotal de n'autoriser la saisie et l'exercice du privilège qu'à la charge par le saisissant de consigner une somme suffisante pour assurer à la femme l'intégralité de la valeur du fonds dotal, ou de fournir caution que l'immeuble sera adjugé à un prix suffisant pour que les reprises ne soient pas compromises. Ces mesures sont celles que la jurisprudence prescrit, en cas de saisie d'un paraphernal représentant la dot (1) : elles s'imposent, à plus forte raison, dans une hypothèse comme la nôtre. On ne s'explique pas qu'un bien ayant la qualité de dotal soit moins protégé que ne l'est une dot incluse dans un bien libre. »

Mais quelle que soit la justesse de ces observations qu'on pourrait généraliser (2), il faut bien dire qu'il n'y a encore

(1) Nous verrons que la jurisprudence la plus récente abandonne ces exigences, et se contente du droit de prélèvement sans garantie.

(2) M. Beudant, à son cours (cité par Gauthier, *op. cit.*, p. 51, note 2) appliquait la dotalité renfermée en cas d'adjudication sur licita-

là qu'une simple tendance à l'unification de la dotalité partielle avec la dotalité renfermée. La stipulation d'un emploi dont le prix seul sera dotal conserve donc encore son utilité.

tion, à une femme dotale, d'un bien compris dans une succession elle échue pour partie, lorsque sa part est dotale.

CHAPITRE III

DES FAITS QUI RÉALISENT L'INCLUSION DE LA DOT.

A la seule inspection des clauses du contrat de mariage ou des textes du Code qui viennent le modifier à la suite d'un jugement de séparation de biens, nous avons cherché à découvrir dans quels cas il peut y avoir place à la dotualité renfermée. Il nous faut voir par quels faits se réalise cette inclusion, à la suite de laquelle les deniers dotaux vont devenir captifs, ou pour mieux dire, être mis à l'abri. Nous aurons à nous prononcer sur la légitimité des divers procédés qui l'opèrent. A cet effet, nous examinerons successivement : l'acquisition de deniers dotaux ; la dation en paiement ; la succession de la femme au débiteur de la dot.

I. — *De l'acquisition de deniers dotaux.*

En l'absence de clause d'emploi ou de remploi, un immeuble peut-il être acquis par la femme et constituer un paraphernal renfermant des valeurs dotales ? L'affirmative ne fait pas de doute lorsque le contrat de mariage porte la clause que nous avons examinée, que « le prix seul sera dotal ». L'inclusion de la dot n'est que l'exécution de cette clause.

La jurisprudence admet la même solution au cas de séparation de biens (1), et si la doctrine lui fait quelque opposition, c'est qu'elle estime la protection insuffisante.

(1) Cass., 12 avril 1870, S. 70.1.183 ; Pau, 8 juin 1892, S. 94.2.315.

Enfin, et c'est là que gît la difficulté, la jurisprudence décide de même avant la séparation de biens (1), mais combattue en sens inverse par de nombreux auteurs qui estiment que notre théorie ne peut alors trouver sa place, au cas d'acquisition. Nous allons essayer, sinon de justifier, ce qui ne nous paraît guère possible, tout au moins d'expliquer, dans une certaine mesure, la thèse des tribunaux.

Et d'abord, examinons l'opinion adverse dans ce qu'elle a de plus radical, et pour n'en rien omettre, demandons-en l'expression à l'un de ses défenseurs les plus autorisés. « L'article 1553, dit M. Rodière (2), n'est qu'une conséquence rigoureuse des principes généraux du régime dotal, quand le mari jouit de la dot. Il est impossible alors, en effet, que l'immeuble acquis avec des deniers dotaux dont l'emploi n'avait pas été stipulé devienne dotal par la raison toute simple qu'il est impossible que la femme en soit alors propriétaire. Lorsque l'article 1553 dit que l'immeuble n'est pas dotal, il veut dire qu'il reste forcément la propriété du mari. Si le mari, en effet, a figuré seul dans l'acte d'acquisition, il est évident que la dot n'a pu être changée contre la volonté de la femme qui n'a pu acquérir l'immeuble contre son gré. Si la femme a concouru à l'acte, le résultat est le même parce qu'il ne dépend pas de la femme de changer le caractère de sa dot par le seul fait de sa volonté... Il ne peut faire passer l'immeuble sur la tête de sa femme qu'en lui rendant sa

(1) Grenoble, 11 juill. 1857, S. 57.2.549 ; Cass., 26 juill. 1865, S. 65.1.404 ; Caen, 6 juill. 1866, S. 67.2.317 ; Caen, 8 août 1868, S. 70.2.116 ; Cass., 21 nov. 1871, S. 71.1.115 ; Cass., 19 déc. 1871, S. 71.1.192 ; Cass., 29 déc. 1875, S. 77.1.58 ; Cass., 27 fév. 1883, S. 84.1.185 ; Toulouse, 24 déc. 1889, *Gaz. Midi*, 23 fév. 1890 ; Agen, 13 août 1891, S. 93.2.97 ; Grenoble, 20 fév. 1894, S. 95.2.289 ; Paris, 7 mai 1895, D. 96.2.204 ; Nîmes, 11 janv. 1899, *Gaz. Pal.*, 99.2.678.

(2) En note dans S. 70.1.186, col. 1 et 2.

dot, ce qui ne lui est pas permis tant qu'une séparation judiciaire n'est pas intervenue. » Nous retrouvons cette opinion dans les motifs subsidiaires invoqués par un jugement de Montpellier du 23 décembre 1864 (1). Il s'agissait d'une acquisition au nom de la femme d'actions de la Banque de France au moyen de la dot. Le tribunal estime « que ce serait un changement radical de contrat de mariage et des conventions édictées par le père de famille qui a constitué la dot, et qui a voulu que sa fille eût toujours à la dissolution du mariage une somme de 100.000 fr. ».

Que l'immeuble appartienne au mari s'il a figuré seul dans l'acte d'acquisition, cela est bien évident. On sait que le mari quasi-usufruitier détient par devers lui tous les deniers dotaux de sa femme, dont il est vraiment propriétaire, sauf à rendre compte de leur montant. Il peut en acquérir à son compte des biens : il profitera des plus-values et les pertes seront à sa charge.

Nous donnons encore la même solution au cas où le mari aurait acquis un bien soi-disant au nom de sa femme, l'aurait mentionné dans l'acte, et où cependant la femme n'aurait pas été sollicitée (2) ou aurait refusé de ratifier. Le mari est alors, mais alors seulement (3), dans la situation d'un porte-fort. Il ne devient pas propriétaire contre son gré, puisqu'en se portant fort pour sa femme, il a accepté d'avance, au besoin, la propriété pour lui-même.

Malgré le consentement de la femme, il faudra attribuer la propriété au mari, en cas de simulation. Si la femme n'avait été, en réalité, que le prête-nom du mari qui cherche à éviter les poursuites de ses créanciers, ces derniers pourraient rétablir la vérité en justice et faire

(1) D. 66.4.503.

(2) Grenoble, 13 juin 1862, S. 63.2.40.

(3) *Contra* : Rodière, *loc. cit.*

tomber les apparences (1). Sans même envisager cette fraude, la propriété reviendra au mari, lorsqu'il sera constaté par appréciation des actes en vertu desquels a été effectué l'achat, que cette opération n'a été mise au compte de la femme que pour lui garantir la restitution de sa dot. C'est ce qui a été décidé par le jugement précité de Montpellier, confirmé sur ce point en appel et en cassation (2).

En dehors de ces hypothèses, lorsque la femme concourt à l'acquisition faite en son nom, ou la ratifie, elle est bel et bien propriétaire. C'est ce que décide la Cour suprême par un arrêt du 19 décembre 1871 (3), cassant un arrêt de Bordeaux du 24 janvier 1870 (4) : « Attendu que, sauf les cas de fraude et de simulation, l'immeuble appartient à celui des époux au nom duquel l'acquisition a été faite, quelle que soit l'origine des deniers employés au paiement du prix ; ... qu'il est interdit à la femme d'aliéner sa dot, mais non d'acquérir des biens extradotiaux ; ... que l'article 1553 tranche une question de dotalité et non de propriété. » Il n'y a pas de présomption mucienne qui tienne contre l'attribution de l'immeuble à la femme, à supposer qu'on soutienne à tort (5) qu'elle subsiste sous le Code civil : cette présomption, en effet, règle seulement

(1) Au cas de faillite du mari, l'article 559 du Code de commerce renverse la preuve en faveur des créanciers et présume que l'acquisition est faite pour le compte et avec les deniers du mari.

(2) Le tribunal faisait remarquer que « ce mode d'acquisition avait l'avantage d'assurer que l'aliénation des actions (il s'agissait d'actions de la Banque de France) n'aurait pas lieu sans le consentement de la dame Fajon, sans recourir néanmoins à l'immobilisation coûteuse sur la tête du mari, pour les frapper de l'hypothèque de la femme ».

(3) S. 71.4.192. En ce sens : Caen, 29 novembre 1872, S. 73.2.134.

(4) *Eod. loc.* Cet arrêt décidait que « si la femme a acheté, elle a réellement acheté avec les deniers appartenant au mari et pour lui ».

(5) V. Valabrègue, *Rev. pratique*, 1842, p. 64.

la question d'indemnité à payer au mari, et non pas celle de propriété (1).

Rien n'empêcherait le mari de faire à sa femme un prêt ou une donation. Ce procédé de lui fournir les moyens d'acquisition, le seul qui se conçoive lorsque le mari n'a pas touché de dot, peut aussi se rencontrer dans le cas contraire. Mais alors il ne saurait être question d'inclusion de la dot (2). La situation est la même que si prêt et donation émanaient d'un tiers. Le mari reste débiteur de la dot, sauf à compenser avec elle la somme qu'il a fournie à sa femme.

Il n'y aurait pas non plus dotalité renfermée, en l'absence d'une mention d'origine des deniers dotaux, que la publicité, verrons-nous, exige aujourd'hui. Si la mention était fausse, la femme, tout en restant propriétaire (3), non seulement ne pourrait invoquer un droit de prélèvement, mais verrait tomber la donation, pour cause de déguisement (4).

Cette hypothèse nous amène par une transition toute naturelle à celle où la mention d'acquisition par la femme de deniers dotaux, régulièrement inscrite, serait exacte et conforme à la réalité. Cette affectation et la mention qui en est faite peuvent-elles avoir pour effet d'opérer l'inclusion

(1) V. Cass., 21 février 1855, S. 55.1.88 : Cass., 22 janvier 1877, S. 77.1.148.

(2) Tout au plus, en cas de prêt à intérêts, pourrait-on voir une situation en partie analogue, si le mari s'est réservé à due concurrence le droit aux revenus.

(3) Nous ne saurions admettre la solution radicale donnée par la Cour de Bordeaux, le 24 janvier 1870 (S. 71.1.192), et qui consiste à attribuer la propriété au mari, pour cette raison qu'« admettre un principe contraire serait ouvrir la porte à tous les abus... pour déguiser et rendre irrévocables des donations entre époux pendant le mariage ».

(4) Limoges, 15 mars 1895 et Cass., 13 janvier 1897, *Pand.* 98.1.255, et la note Champcommunal.

des deniers dotaux ? ou faut-il voir dans ces faits une restitution anticipée de la dot ?

« C'est comme si le mari avait rendu l'argent de la dot à sa femme, pour que celle-ci l'employât à son gré », nous dit M. Planiol (1). N'y a-t-il pas de l'exagération dans cette formule ? Le mari ne remet pas purement et simplement les deniers à sa femme, ce qui n'équivaldrait qu'à un prêt, en l'absence de toute intention de libéralité. Il les place dans un bien qu'il constitue « pour ainsi dire, dépositaire des deniers dotaux (2) », en un bien qui conserve la dot, « qui la garde, en répond et doit la rendre aux époux (3) » : « Il ne faut voir, dit M. Escavy (4), dans l'emploi que nous étudions, qu'un acte d'administration que les époux ont voulu faire ; le mari ne restitue point la dot à sa femme ; il met simplement cette dot, de concert avec elle, dans un immeuble (5) ». Tant que les deniers ne sont pas versés au vendeur, le mari en est responsable. Viennent-ils à sortir du paraphernal, c'est le mari qui doit les toucher et qui en devient comptable. Enfin si la dot n'a pas été extraite avant la dissolution du mariage ou la séparation, le paraphernal « tiendra lieu à la femme de sa reprise mobilière sans option possible de sa part, ni de la part du mari ou de ses héritiers, parce que les deux époux

(1) En note dans D. 96.1.314, col. 1.

(2) Lambert, en note dans *Pand.*, 96.2.322, col. 1.

(3) Labbé, en note dans S. 93.1.5, col. 3.

(4) *Op. cit.*, p. 79.

(5) « On objecterait en vain, dit la Cour de Rouen, que les deniers dotaux de la femme par le fait même de leur remise au mari se confondent avec ses propres biens ; il n'y a là, en fait qu'une simple *promiscuité de valeurs* ;.... les avantages qu'en peut retirer le mari ne peuvent faire obstacle à ce que la femme convertisse ses deniers en immeubles quand il l'y autorise, puisqu'elle ne fait que disposer de ce qui lui appartient sans contrevenir à aucune loi et sans porter atteinte à ses conventions matrimoniales, ni aux intérêts du mari » (Rouen, 26 avril 1872, S. 73.2.433).

sont liés par les énonciations de l'acte d'acquêt auquel ils ont concouru l'un et l'autre (1) ».

Reste le reproche capital adressé à notre théorie, de faire passer sur la tête de la femme les risques du paraphernal renfermant les valeurs dotales. Avant l'inclusion, pas de chances de gain, mais pas de risques non plus. Le paraphernal est-il chargé de la dot, si peu que sa valeur baisse, la dot s'amointrit. En cas de vente sur saisie, il y aura même une dépréciation fatale résultant des frais de justice privilégiés.

M. Gauthier (2) prétend tout concilier en décidant que « cette acquisition faite au nom de la femme avec des deniers dotaux ne sera pas libératoire pour le mari qui serait tenu, à tout événement, de la restitution de cette dot à l'époque normale ». Mais alors pourquoi parler de dotalité renfermée ? La femme ne peut pas à la fois être créancière de la dot sur tous les biens de son mari, et jouir du droit de prélever cette même dot incluse dans le paraphernal qu'elle a servi à acquérir. Elle ne peut d'ailleurs avoir une option (3). De deux choses l'une, ou bien elle a cessé d'être créancière, et elle peut exercer son droit de prélèvement (4) ; ou bien elle a conservé sa créance, et alors il ne faut voir dans la prestation de deniers qu'un simple prêt du mari à sa femme.

Cette solution écartée, on pourrait alléguer que la nouvelle situation de la femme avec le droit de prélèvement inaliénable, n'est, à tout prendre, pas très différente de celle qu'elle avait avant l'inclusion, avec sa créance en restitution. Si la dot incluse ne profite pas des plus-values

(1) Caen, 8 août 1868, S. 70.2.116.

(2) *Op. cit.*, p. 22.

(3) Caen, 8 août 1868, S. 70.2.116.

(4) Tout au plus pourrait-on rendre le mari comptable de la différence, en cas de moins-value.

du paraphernal, la créance ne bénéficiait pas davantage de l'enrichissement du mari. A l'inverse, la dot renfermée est amoindrie par la dépréciation du paraphernal, de même que la créance était compromise par l'insolvabilité du mari ; et l'on peut comparer, si l'on veut, la perte totale du paraphernal au décès du mari insolvable suivi d'acceptation bénéficiaire. Mais cette argumentation serait bien paradoxale et l'assimilation peut paraître risquée entre la valeur d'un bien et le crédit du mari. Du reste, il est bien évident que les fluctuations du crédit du mari ne se produiront pas toujours dans le même sens et avec la même intensité que celles de la valeur du paraphernal.

Il ne faudrait pas même croire que l'organisation de la dotalité renfermée soit possible, avant la séparation de biens, si l'on garantit le recouvrement de la dot en cas de vente ou de saisie. En fin de compte, il y aura toujours entre la créance en restitution et le droit de prélèvement cette différence capitale que la créance peut s'exercer à jour fixe après la séparation ou la dissolution du mariage, tandis que le droit de prélèvement suppose que la femme trouve un acquéreur, ce qui sera d'autant plus difficile que cet acquéreur devra assurer le paiement des deniers dotaux. Du reste, comment faire ressortir la dot, si le paraphernal a péri en totalité ?

Néanmoins la jurisprudence persiste dans sa théorie (1). Elle l'a même appliquée dans des cas analogues à l'acquisition. Une femme dotale s'était rendue adjudicataire d'un immeuble de son mari et avait été colloquée sur le prix avec d'autres créanciers. Pour les désintéresser, elle avait affecté des deniers dotaux, provenant de la vente de paraphernaux renfermant des valeurs dotales. La Cour de

(1) Le seul moyen de l'expliquer serait de dire qu'en n'imposant ni emploi, ni remploi dans leur contrat de mariage, les futurs époux ont prévu la dotalité renfermée avec toutes ses conséquences.

Grenoble décida, par arrêt du 4 mars 1868 (1), que ces paiements « constituent des emplois ou des placements de la dot mobilière restée inaliénable à ce titre » (2).

La jurisprudence reconnaît l'inclusion de valeurs dotales dans des paraphernaux aussi bien pour les meubles que pour les immeubles. La Cour de cassation l'a formellement décidé par un arrêt de la Chambre civile du 27 février 1883 (3). Il s'agissait dans l'espèce d'une part de copropriété dans un navire, acquise par la femme de deniers dotaux. Aussi bien, certains auteurs (4) ont-ils vu dans cet arrêt une décision de circonstance : d'abord parce qu'il s'agissait d'un meuble de nature spéciale, susceptible d'hypothèque ; ensuite, d'un droit indivis « qui ressemble singulièrement, disent-ils, à un simple droit à une valeur dotale renfermée dans un bien paraphernal ». Quoi qu'il en soit de ces raisons, elles n'ont pu influencer la Cour suprême dans d'autres cas. Dans les motifs tout au moins de l'arrêt du 1^{er} août 1900 (5) analysé plus haut, elle décide que « la valeur des meubles litigieux n'en représente pas moins une partie de la dot ». La Chambre des requêtes s'était prononcée dans le même sens, le 17 mai 1881 (6), en statuant aussi à propos de meubles meublants.

Ce dernier arrêt doit retenir notre attention à un autre titre, et à son occasion, nous voulons élucider la question de savoir jusqu'à quel moment peut se produire l'inclusion

(1) S. 68.2.207.

(2) La jurisprudence ne devrait-elle pas logiquement rapprocher certaines hypothèses voisines, telles que le paiement d'une soultte d'échange ou de partage, d'un supplément de prix pour échapper à l'action en rescision, etc... ?

(3) S. 84.1.185, en confirmation de Rennes, 4 mars 1880, S. 81.1.265.

(4) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, p. 224.

(5) S. 1901.1.5.

(6) S. 82.1.293. En ce sens : Riom, 19 janvier 1895, *Rec. Riom*, 1895, n° 284.

de la dot, aussi bien pour les immeubles que pour les meubles. Conçoit-on l'application de la dotalité renfermée après la dissolution du mariage ?

Dans l'espèce soumise à la Chambre des requêtes, des meubles avaient été acquis par la femme, après la dissolution du mariage, avec des deniers d'origine dotale. Elle demandait la nullité de la saisie pratiquée par des créanciers contemporains du mariage, sous prétexte que les meubles étaient dotaux. A prime abord il semble bien que son procès était mauvais : le mariage dissous, il ne peut plus être question de dot ; il n'y a plus à subvenir aux charges du mariage et partant plus de biens soustraits, dans ce but, à la libre circulation et au gage des créanciers. Mais il ne faut pas oublier que les effets de dotalité persistent dans une certaine mesure, s'il est vrai que la femme est incapable de s'obliger pendant le mariage sur sa fortune dotale (1). La dissolution du mariage ne peut valider rétroactivement ses obligations. Les créanciers contemporains de mariage ne peuvent pas plus saisir les biens dotaux après que pendant l'union conjugale. Il subsiste une insaisissabilité relative qui, par delà les intérêts temporaires de la société conjugale, assure encore les intérêts permanents de la famille.

(1) En ce sens, Guillouard, *op. cit.*, t. IV, n° 1836 ; Labbé, *Rev. crit.*, 1856, p. 13 ; Lyon-Caen, en note dans S. 76.2.65 ; de Loynes, *Rev. crit.*, 1882, p. 541 et s.

D'après M. Bartin (*op. cit.*, p. IX), l'inaliénabilité dotale « n'est ni une incapacité personnelle de la femme, ni une inaliénabilité proprement dite de l'immeuble. Ce sont de trop vieilles étiquettes pour des produits nouveaux ». M. Géný (*op. cit.*, n° 71) ne croit pas qu'il y ait nécessité ou même utilité sérieuse à rattacher l'inaliénabilité dotale à une de nos conceptions courantes. Il estime qu'on peut se contenter de l'interpréter suivant son but. Mais l'idée d'incapacité qui protège la femme et, derrière elle, la famille, ne répond-elle pas bien au but de l'inaliénabilité dotale ?

« C'est par cette insaisissabilité, dit M. Regnault (1), qu'après la dissolution du mariage, alors que cependant on ne peut plus parler, au sens propre du mot, ni de dot ni de biens dotaux, tout lien ne se trouve pas rompu entre cet ensemble de biens qui, pendant le mariage, constituaient la dot de la femme. » On continuera à traiter la dot comme un patrimoine indépendant à l'encontre des créanciers contemporains du mariage, et l'on maintiendra cette indépendance par la subrogation réelle. Mais faut-il le faire de la même manière que pendant le mariage ? Toute la question est là.

La Chambre des requêtes valida la saisie en écartant la dotalité. Mais ne devait-elle pas reconnaître l'insaisissabilité relative des deniers d'origine dotale, et indiquer son influence sur l'acquisition faite avec ces deniers ? Elle n'a donc pas résolu la question.

M. Regnault (2) se prononce pour l'insaisissabilité relative de l'acquêt *en propriété*, et voici comment il raisonne : « si l'article 1553, dit-il, s'oppose à ce qu'une dot pécuniaire soit transformée en une dot de corps certain, c'est uniquement dans l'intérêt des tiers qui, après cette transformation contracteraient avec la femme. » Cet intérêt cessant après la dissolution du mariage, il en conclut que les biens acquis depuis avec des deniers d'origine dotale sont insaisissables à l'égard des créanciers contemporains du mariage au même titre que ces deniers eux-mêmes : « leur situation ne serait en rien aggravée, puisque les deniers dotaux étaient eux-mêmes insaisissables ».

Mais précisément nous contestons cette dernière affirmation. Voilà, en effet, des créanciers qui acceptent la signature d'une femme dotale séparée de biens : ils n'ont pas d'action sur les deniers dotaux restitués par le mari,

(1) *Rev. crit.*, 1896, p. 441.

(2) *Rev. crit.*, 1896, p. 449 et s.

mais si la femme en acquiert un bien, ils ont l'espoir du bénéfice des plus-values. Survienne la dissolution du mariage avant l'acquisition, ils perdent cet espoir et les plus-values reviennent à la femme, aux héritiers ou aux créanciers postérieurs. N'est-il pas étrange que la cessation de l'union conjugale, qui rend les biens de la femme au gage commun des créanciers, ait, en même temps, pour effet d'empirer la condition des créanciers contemporains du mariage ? Aussi bien, d'après nous, l'inclusion des deniers d'origine dotale peut encore se produire après la dissolution du mariage. Il n'y aura plus à proprement parler de dotalité renfermée, mais son prolongement atténué, sous forme d'*insaisissabilité relative renfermée*. La femme aura un droit de prélèvement à l'égard des créanciers contemporains du mariage.

II. — *De la dation en paiement.*

« Ce qui est donné en paiement tient lieu de vente, dit Tessier (1). Dès lors donc que ce que le mari achète des deniers dotaux n'est pas dotal, il doit en être de même de ce qu'il reçoit en paiement de la dot constituée en argent. Dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours la dot qui est employée à l'acquisition d'un fonds. » Il y avait là une transition toute indiquée entre la vente et la dation en paiement, et une apparente analogie que les interprètes n'ont pas manqué de reproduire, en exposant la théorie de la dotalité renfermée. La dation en paiement n'est, pour eux, qu'« une variété de la vente » (2), et notre hypothèse n'est qu'« une variante de la précédente » (3).

Ne peut-on pas dire qu'il n'y a là qu'une construction

(1) *Traité de la dot*, p. 239.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 134.

(3) Gauthier, *op. cit.*, p. 36.

abstraite, inutile et dangereuse, dans cette « théorie de la dation en paiement qu'on croit devoir selon les anciens errements expliquer comme une vente (ou comme une novation), alors qu'il serait si simple de lui faire produire comme à toute convention les effets voulus par les parties » (1). La meilleure preuve de son danger est qu'elle a, croyons-nous, induit en erreur, ceux qui l'ont appliquée à la dotalité renfermée. A leurs yeux, les choses se passent *toujours* comme si le mari après avoir reçu la somme d'argent constituée en dot, l'avait ensuite affectée à l'acquisition d'un immeuble pour la femme. L'opération s'analyse uniformément en deux actes : la réception fictive des deniers par la femme, et l'acquisition d'un paraphernal destiné à représenter la dot. Pour nous, au contraire, une distinction capitale s'impose entre le cas où la dation en paiement est faite par le mari à la femme, et l'hypothèse où la dation en paiement est effectuée par un tiers. C'est seulement dans la première de ces situations qu'il pourrait être question de restitution de la dot. Chacune de ces hypothèses demande donc à être examinée distinctement.

Lorsque le mari fait à sa femme une dation en paiement après la séparation de biens, la validité de l'opération ne fait pas de doute, du moment que la dot devient exigible. On a seulement pu discuter sur le caractère de dotalité en propriété ou en valeur à attribuer au bien donné en paiement. Après s'être prononcée parfois dans le

(1) Gény, *op. cit.*, p. 148, en note.

« Sans doute, la dation en paiement implique une chose à donner et un prix dû, mais le consentement des parties nous semble plus que douteux. La vente, contrat synallagmatique véritable, engendre des rapports de droit, tandis que la dation en paiement détruit toute obligation et fait disparaître désormais tout lien juridique entre les parties ». (Escaré, *De la dation en paiement en droit français*, p. 13).

premier sens (1), la jurisprudence s'est arrêtée à l'application de la dotalité renfermée (2). Au contraire, avant la séparation de biens, il peut y avoir des hésitations sur la solution à adopter. A la considérer comme une restitution de la dot, l'opération serait doublement impossible, puisqu'il s'agit d'une dette qui non seulement n'est pas exigible (3), mais n'est pas même susceptible d'un paiement actuel (4). Mais si l'on peut y voir un simple placement des deniers dotaux dans un paraphernal, il resterait toujours que ce placement ne va pas sans risques pour la femme, et que d'autre part, elle ne peut pas en retirer la dot à jour fixe, lorsque la restitution sera devenue exigible.

Tout différent de l'hypothèse que nous venons d'envisager est le cas de dation en paiement par un tiers. Il ne s'agit plus alors, ou tout au moins il ne peut plus être question de restitution de la dot. Bien au contraire, la créance éteinte par la dation en paiement sera le plus souvent la créance de la femme contre le constituant qui veut se libérer. Avant de parler de restitution, il faudrait qu'il y ait eu paiement, comme avant de rembourser un prêt, la première condition est de l'avoir reçu. Le constituant n'a donc pas payé la dot. Il n'a pas de fonds disponibles, mais possède un immeuble et propose aux époux une dation en

(1) Montpellier, 17 novembre 1830, S. 31.2.298 ; Grenoble, 1^{er} juillet 1846, S. 47.2.280.

(2) Riom, 8 août 1843, S. 44.2.590 ; Montpellier, 21 février 1851 et 18 février 1853, S. 53.2.673 ; Toulouse, 24 février 1860, S. 60.2.306 ; Bordeaux, 14 mai 1857, S. 57.2.547 ; Caen, 15 février 1870, S. 70.2.117 ; Limoges, 27 décembre 1892, D. 94.2.302 ; Grenoble, 1^{er} juillet 1897, D. 98.2.430.

(3) Cette condition est exigée par la Cour de cassation. V. Cass., 15 juin 1881, S. 83.1.473.

(4) Cette condition suffit, d'après M. Bufnoir (en note dans S. 83.1.473).

paiement. Pour qu'il s'agisse de dotalité renfermée, il faut d'abord que cet immeuble devienne la propriété de la femme par l'effet de cette opération, et cela dépendra des termes dans lesquelles elle est effectuée. La dation peut être faite au mari en son propre nom, et alors il est aussi bien propriétaire que lorsqu'il acquiert à son compte avec les deniers dotaux. La femme devient créancière de la dot et le nouvel immeuble est normalement affecté à sa garantie. Mais, d'après la jurisprudence, nous serons en présence d'un nouveau cas d'inclusion de la dot, si la femme autorisée du mari consent à recevoir en paiement un immeuble du constituant, et c'est de cet acte qu'il nous faut apprécier la légitimité.

D'après M. Planiol (1), « on aurait dû décider que l'immeuble appartient au mari qui seul a qualité pour recevoir le paiement de la dot et qui doit devenir propriétaire des deniers dotaux. La dation faite à la femme équivaut à une novation dans l'objet de la dot, contrairement aux stipulations immuables du contrat de mariage ». Cette solution répond à celle que nous avons discutée et écartée plus haut, et qui, avant la séparation de biens, attribuait au mari les acquisitions faites par sa femme en son nom personnel. Ici encore, nous croyons que la femme reste propriétaire, parce qu'elle n'est pas incapable d'acquérir, sauf à servir les intérêts au mari (2). Mais s'ensuit-il qu'il y ait inclusion de la dot? On pourrait, en effet, objecter que par son acceptation, la femme renonce aux garanties qu'elle aurait eues si le mari avait touché personnellement la dot, et que cette renonciation lui est interdite. Mais comme, d'autre part, on ne peut imposer au mari la restitution d'une dot qu'il n'a pas touchée, il faut bien se

(1) En note, dans D. 96.1.314, col. 1.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 534, texte et note 23 ; Guillouard, t. IV, n° 1744.

contenter, pour la femme, de la protection de la dotalité renfermée (1).

La jurisprudence a fait l'application de sa théorie notamment au cas de partage d'ascendants. Deux conjoints avaient fait donation de tous leurs biens à leurs quatre enfants, en mentionnant qu'« au moyen de cette démission de biens les donateurs n'auront plus rien à payer à leurs filles ou gendres, sur ce qu'ils restaient devoir pour les donations en avancement d'hoirie faites à ces derniers dans leurs contrats de mariage ». Parmi eux, se trouvait une femme dotale. La Cour de Grenoble (2) décida que les immeubles attribués à la femme « ont renfermé ou représenté une valeur dotale à concurrence de la somme qui restait due sur la dot ».

Si c'est un immeuble qui a été directement constitué en dot à la femme par un tiers, elle n'aura plus de créance en paiement, mais bien une créance éventuelle en garantie : c'est, en effet, une des conséquences des donations *dotis causa*. Survienne une éviction, la condamnation de la femme par un jugement attributif de propriété au revendeur, par exemple, ou bien son expropriation en qualité de tiers détenteur, cette éviction engendrera une action en garantie qui sera subrogée à l'immeuble et frappée de dotalité comme lui. Par conséquent, semble-t-il, si un autre immeuble est donné en paiement, ce sera un paraphernal renfermant des valeurs dotales (3).

Des auteurs considérables (4) ont cependant soutenu

(1) Du reste, la dation en paiement serait nulle faute de cause, si elle n'éteignait pas la créance contre le constituant.

(2) S. 68.2.207. V. aussi trib. St-Affrique, 11 mars 1896, *Mon. jud. Midi*, 3 mai 1896.

(3) Tessier, *op. cit.*, t. I, p. 248 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 528, texte et note 27.

(4) Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1685 ; Guillaouard, t. IV, n° 1746.

que l'immeuble donné en paiement était dotal : ils ont prétendu se faire les gardiens de la volonté des parties, qui ont entendu que la dot conserve son caractère immobilier. Mais cette solution nous inspire des doutes sérieux. Elle conduit à considérer la créance en garantie comme « une valeur qui, au fond, était immobilière, et dont la forme mobilière n'a pas fait disparaître le caractère primitif » (1), ce qui nous semble bien contestable. La femme est investie d'une créance dotale, dont on n'a pas à rechercher l'origine. Si plus tard cette créance est éteinte par la dation en paiement d'un immeuble, nous avons bien affaire à un paraphernal renfermant des valeurs dotales.

La première condition de l'inclusion de dot, en cas de dation en paiement, est que la créance éteinte soit une créance dotale, et cette question de dotalité peut être délicate, comme nous venons de le voir, si la créance n'a pas été directement constituée en dot. A ce propos, nous voulons dire un mot d'une espèce qui nous intéresse à un double point de vue.

Une femme dotale s'était vu attribuer des dommages-intérêts, payables par son notaire, à raison de certains actes qui avaient entraîné la perte de la dot. Frappée d'une saisie-arrêt sur cette créance, la femme y fit opposition, en alléguant la dotalité de la créance, ou tout au moins la représentation par elle de valeurs dotales. La Cour d'Aix accorda à l'opposante le bénéfice de ses conclusions par un arrêt (2) qui laissait le champ libre aux deux thèses de la dotalité et de la quasi-dotalité. Les créanciers, dans leur pourvoi, s'attaquèrent seulement à la thèse de la dotalité. Aussi bien est-elle la seule qui ait reçu l'approbation de la Chambre des requêtes (3). C'est celle qui nous

(1) Boyer, *op. cit.*, p. 193.

(2) Aix, 6 janvier 1890, S. 90.2.88.

(3) Cass., 5 janvier 1891, S. 91.1.102, au rapport de M. le conseiller Denis.

paraît aussi la meilleure, quoi qu'on ait pu lui objecter. « La subrogation réelle, dit, en effet, M. Massigli (1), s'opère naturellement entre objets qui se remplacent comme éléments d'une même universalité juridique ; elle est, au contraire, l'exception lorsqu'il s'agit de l'exercice d'un droit portant sur une ou plusieurs choses particulières, prises en elles-mêmes. » Jusqu'ici nous sommes d'accord, mais nous cessons de l'être lorsqu'il ajoute que « le patrimoine de la femme mariée sous le régime dotal ne se divise pas en deux universalités de droit, l'une comprenant les biens dotaux, l'autre les biens paraphernaux ». Comme nous l'avons dit plus haut, nous croyons, avec M. Lambert (2), à la dualité des patrimoines et à la subrogation réelle. La créance était bien dotale, et si un bien avait été donné en paiement par le notaire, c'eût été un paraphernal renfermant des valeurs dotales.

Les adversaires de la dotalité se seraient volontiers rangés à la thèse de la quasi-dotalité de la créance. « Les deniers alloués à la femme, observe M. Massigli, devaient être la réparation de la perte subie ; ils devaient remplacer pour elle une somme perdue dans un mauvais placement ; l'origine et la nature de la créance en faisaient donc une représentation de la dot plus certaine et plus saisissante qu'on n'aurait pu la trouver en aucune autre valeur. » A supposer la dotalisation impossible, il se peut bien qu'il y ait là un cas original de dotalité renfermée : la dot qui n'a pu disparaître est incluse dans la créance d'indemnité. Ajoutons que, dans cette hypothèse, si un bien eût été donné en paiement de la créance renfermant des

(1) *Rev. crit.*, 1892, p. 649. En ce sens : Valabrègue, en note dans S. 91.1.102.

(2) En note dans *Pand.*, 96.1.324, col. 1. V. aussi Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, p. 1 et s.

valeurs dotales, il y aurait eu, ce nous semble, une *transfusion* des deniers dans ce nouveau bien (1).

III. — De la dévolution héréditaire.

Dès 1835, Tessier (2) écrivait en parlant des « immeubles recueillis par la femme dotale dans la succession de son père ou dans le partage de la dite succession », que « si les immeubles dont il s'agit sont susceptibles d'être aliénés comme extradotiaux, l'inaliénabilité ne cessera pas d'exister à l'égard de la dot en deniers *qui y repose* ». Sur ce point, la doctrine devançait la jurisprudence de vingt ans puisque c'est seulement en 1855, que nous voyons apparaître la dotalité renfermée en matière successorale, dans un jugement de Toulouse du 2 mai 1855 (3). Chronologiquement cette application est la plus récente, et il semble bien que c'était en dernier lieu qu'on devait y penser. Nous savons bien qu'on a écrit : « Cette application extrême de l'inaliénabilité de la dot admise dans notre hypothèse, on est entraîné à l'étendre à tous les cas analogues (4). » Mais cette assertion nous paraît inexacte. C'est à propos de l'achat qu'on a imaginé la représentation des valeurs dotales. De là, on a cherché à la transporter aux autres modes d'acquisition qui pouvaient y donner lieu, et c'est ainsi qu'on est arrivé à l'étendre aux successions. Si la créance de la dot est encore due par le constituant et

(1) Nous aurons à revenir sur ce phénomène de la transfusion des deniers dotaux.

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 267 et 268.

(3) Aussi Devilleneuve annotant (dans S. 58.1.257) l'arrêt de la Cour de cassation intervenu dans la même affaire, fait-il remarquer que « Tessier semble avoir prévu précisément les circonstances de l'espèce sur laquelle la Cour de cassation avait à se prononcer ».

(4) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. III, p. 640.

que la femme lui succède pendant le mariage (1), il y aura application de la théorie de la dotalité renfermée.

Une grave objection a été soulevée contre l'inclusion de la dot dans les paraphernaux par le fait d'une dévolution héréditaire. C'est au mari, a-t-on dit (2), et à lui seul, qu'il appartient de réclamer la dot ; la femme n'a pas ce droit, tout au moins avant la séparation de biens. L'affaire doit se régler entre le mari et le constituant de la dot. Tant qu'il vit, ce dernier peut être poursuivi pour l'exécution de sa promesse. Vient-il à mourir, la personnalité juridique dont il est revêtu survit à son décès et se transmet à ceux qui recueillent son patrimoine. « Le patrimoine subsiste donc, mais a changé de titulaire. Grâce à cette fiction de représentation, la continuité des rapports de droit est assurée ; la mort n'est qu'un accident qui n'interrompt pas, qui n'arrête pas la vie juridique (3). » Ce nouveau titulaire peut être la femme comme il peut être un étranger, mais dans l'un et l'autre cas, la situation est la même. Si la femme accepte sous bénéfice d'inventaire, elle ne sera tenue que sur les biens de la succession. Est-elle, au contraire, héritière pure et simple, le gage du mari s'étendra à tous les paraphernaux. La constitution de biens à venir en dotalisant les biens de la succession n'aurait même pas pour effet de les soustraire à l'action des créanciers du *de cujus*, et notamment à la poursuite du mari (4). Comme le dit la Cour de Toulouse dans son arrêt du 21 juillet 1855 (5), en parlant de la femme dotale qui accepte la succession du constituant, « les biens qu'elle

(1) Bien entendu, le mariage dissous, il n'est plus question de dot.

(2) Regnault, *op. cit.*, p. 142 et s. ; Gauthier, *op. cit.*, p. 52 et s.

(3) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 7.

(4) V. Cass., 3 janvier 1825, S. VIII.1.3 ; Toulouse, 17 mars 1851, S. 51.2.41.

(5) S. 58.1.257.

y a recueillis sont des biens paraphernaux et ce caractère n'a reçu aucune altération de ce fait qu'étant héritière du débiteur de la dot, son mari, le seul qui pût en poursuivre le paiement, avait une action utile contre elle ». Le mari, il est vrai, laissera souvent de côté l'arme qui est mise à sa disposition. Mais peu importe le fait ; c'est le droit qui nous intéresse, et il suffit que la créance soit reconnue au mari pour que la théorie de la dot incluse ne puisse s'appliquer. Tant que la dot n'est pas arrivée à destination, dans la caisse du mari, on ne peut l'arrêter en route, pour la séquestrer dans un paraphernal (1).

Tout au plus, pourrait-on dire qu'en autorisant la femme à faire adition d'hérédité, le mari a, par là même, acquiescé à l'incorporation de la dot dans les immeubles héréditaires et renoncé à en exiger le paiement. Mais il ne nous semble pas qu'on puisse induire de cette autorisation un acte aussi grave que la remise de l'obligation dotale par le mari, si tant est que cette renonciation soit possible.

S'il fallait à tout prix concilier le maintien de la créance au mari avec la dotalité renfermée, pourrait-on ajouter, on doit reconnaître l'inclusion de la dot aussi bien au cas où la femme trouve dans la succession du constituant l'obligation de payer la dot, que lorsque c'est elle qui a fait la constitution et qui a été débitrice *ab initio*. Au cas où la dot a été payée au mari, il répond de la restitution, sur tous ses immeubles grevés de l'hypothèque légale. Eh bien, dans l'hypothèse où la femme est encore débitrice de la dot, tous ses biens extradotiaux en répondent. Ce n'est pas assez de protéger la dot sous forme d'une propriété à la femme, ou d'une créance contre son mari, la protection doit s'étendre plus loin et remonter plus haut. La femme dotale, encore débitrice à raison d'une constitu-

(1) Autant vaudrait dire que les biens du constituant renferment aussi la dot.

tion faite par le *de cujus* ou par elle-même, ne pourrait plus s'obliger sur ses paraphernaux au détriment de la dot (1).

Nous avons mesuré nos développements à l'importance de cette objection. Il nous reste à voir s'il est possible d'y répondre. Qu'on puisse opposer une réfutation directe, et tirer du droit de créance du mari autre chose que le rejet de la dotalité contenue, ce n'est guère soutenable. Mais ne peut-on pas dire, au moins, que la jurisprudence est restée d'accord avec elle-même, en partant de cette idée que le mari ne demeure pas toujours créancier de la dot ? C'est à l'examen de cette question qu'il nous faut remonter.

« Il paraît difficile, fait remarquer M. Martin (2), qu'on ait pu arriver à priver le mari de sa qualité de créancier, et des avantages qui s'attachent ordinairement à ce titre. La nature même de la dot implique à son profit un droit personnel et incommutable à obtenir le paiement d'une somme dont il aura la disposition la plus complète après le paiement. A supposer même qu'on doive réduire, ici encore, ses pouvoirs à ceux d'un pur administrateur, comment ne pas conférer à l'administrateur d'une créance le droit d'en exiger à tout événement le montant ? » Si extraordinaire qu'elle soit, cette atténuation des pouvoirs du mari s'est néanmoins produite, et l'évolution remonte à un arrêt de Riom du 11 février 1809 (3). La somme promise en dot à des époux mariés sous le régime dotal n'avait pas encore été payée au décès du constituant, dont la femme était héritière. Le mari voulut poursuivre le paiement sur les biens héréditaires. Il fut débouté des fins

(1) C'est un peu comme si, pour protéger la créance en remboursement d'un prêteur de deniers, avant le versement du prêt dont il fait la promesse, on garantissait la créance de l'emprunteur pour l'exécution de cette promesse.

(2) *Op. cit.*, p. 3.

(3) S. 40. 2.72.

de sa demande pour ce motif qu' « il serait inconvenant qu'il fit vendre les biens de sa femme pour se payer d'une dot dont il n'a que l'usufruit ». Il a semblé à la Cour plus raisonnable et plus conforme à la situation réciproque des époux que la femme échappât à la saisie et indemnîsât le mari. Ce dernier, il est vrai, pouvait compter sur la somme promise et sur son paiement effectif, par exemple pour les besoins de ses affaires, mais le régime dotal n'est pas un régime de spéculation : c'est un régime de conservation et les tribunaux doivent s'en constituer les gardiens. « Si peu fondé qu'on l'estime, dit M. Martin (1), l'arrêt de 1809 est précieux à relever, car il indique très clairement les tendances de la pratique : il peut servir à caractériser en jurisprudence la conception des droits du mari, et par là même, à expliquer plus d'une solution donnée depuis à des questions voisines ». C'est dans cette idée, croyons-nous, qu'il faut chercher l'explication des arrêts qui admettent la dotalité renfermée en cas de dévolution héréditaire (2).

L'arrêt précité de Toulouse du 21 juillet 1855, qui croit que l'inclusion de la dot est étrangère à l'hypothèse d'une dévolution héréditaire, en donne pour raison que « toutes les hypothèses dans lesquelles se meut la doctrine à cet égard, ont pour base et présupposent le paiement réel de la dot ». Le jugement (3) qu'infirmait notre arrêt, semble avoir prévu l'objection en décidant que l'immeuble échu à

(1) *Op. cit.*, p. 10.

(2) Toutefois, quand nous arriverons à la cessation de la dotalité renfermée, et que nous parlerons de l'exclusion de la dot par voie d'emprunt versé au mari, force nous sera bien de dire que le mari est créancier pour expliquer ce phénomène. Mais alors comment concilier les deux solutions ? Le seul moyen serait de dire que l'inclusion est un simple obstacle à l'exercice de la créance qui cesse par l'exclusion de la dot.

(3) Trib. de Toulouse, 2 mai 1855, S. 58.1.257.

la femme devient le paiement de sa dot. Bien des années après, la Cour de Toulouse, revenue de ses anciens errements, adopta aussi cette manière de voir et décida que la femme recueillant la succession du constituant non libéré, tenait les immeubles par « une sorte de *dation en paiement* » (1). N'y a-t-il pas là un échafaudage ruineux de constructions juridiques ? On a assimilé la dation en paiement à l'acquisition par la femme de deniers dotaux. Maintenant on voit une dation en paiement dans la dévolution héréditaire qui est échue à la femme. N'est-ce pas là un exemple de ce procédé de « mensonge technique » combattu par Ihering (2) ?

Nous n'aimons guère mieux les motifs donnés par un jugement de Carcassonne du 4 mai 1891 (3), qui sauvegarde la dot de la femme parce que « les immeubles advenus à celle-ci par voie de dévolution héréditaire étaient pourainsi dire débiteurs de cette même constitution ». De tels arguments prêtent le flanc aux critiques développées plus haut.

Aussi bien, à supposer admis le point de départ de la jurisprudence, nous préférons dire tout simplement, avec M. Lambert (4), que « l'immobilisation s'était produite par le jeu naturel des événements, par l'effet de la confusion ». A quoi bon parler de dation en paiement, puisqu'en réalité, le mode d'extinction opéré par la dévolution héréditaire est bien une confusion ? Mais ce phénomène n'empêche pas qu'il faille trouver quelque part la dot, et ce ne peut être que dans les biens échus par succession qui la recèlent.

La théorie s'applique aussi bien lorsque la femme est unique héritière du constituant décédé sans payer la dot,

(1) Toulouse, 27 juin 1892, S. 93.2.188.

(2) *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 295, trad. Meulenaere.

(3) S. 96.1.73.

(4) En note dans *Pand.*, 96.1.323, col. 2.

que lorsqu'elle a été instituée par lui sa légataire universelle (1), et qu'il n'y a que des immeubles dans sa succession (2). Si la Cour de Pau, par un arrêt du 24 janvier 1890 (3), confirmé en Cassation, a décidé le contraire, c'est qu'il n'y avait pas eu publicité ; c'était « en l'absence d'une affectation spéciale » (4). En bonne logique, la jurisprudence devrait donner la même solution pour le legs particulier d'un immeuble (5).

La théorie trouve encore son application au cas de pluralité d'héritiers, et c'est même dans cette hypothèse que nous la voyons apparaître en matière successorale (6). Dans l'espèce où il a été statué, la dot avait été constituée, en avancement d'hoirie, à la femme par son père, et les deniers étaient imputables sur sa part dans la succession paternelle. « Si elle les eût reçus du vivant de son père, disait la Cour, elle les aurait rapportés à l'ouverture de la succession, en moins prenant ; cette somme fictivement rapportée serait devenue dotale ; dans l'espèce, elle a pris sa part complète, parce que la dot, au lieu d'être dans ses mains, se trouvait encore dans la succession ; cette dot est donc nécessairement renfermée dans l'immeuble qui lui a été attribué lors du partage. » A plus forte raison en

(1) Montpellier, 26 juillet 1889, *Loi*, 16 février 1900.

(2) En relevant cette circonstance, la jurisprudence semble la rendre nécessaire. Au cas de pluralité de cohéritiers ou de légataires universels, cette exigence se comprendrait, car les meubles seront généralement vendus et les deniers dotaux ressortiront par la vente.

(3) S. 93.1.5.

(4) La Cour ajoutait que « la testatrice n'aurait pu faire à elle seule une telle affectation sans porter atteinte aux droits de la femme et du mari ». Mais la Cour de cassation n'a pas reproduit cette interdiction.

(5) V. cependant trib. Pau, 23 mai 1889, *Loi*, 27 juillet 1889.

(6) Cass., 1^{er} décembre 1837, S. 58.1.257 ; et sur renvoi, Agen, 18 mai 1838, S. 58.2.373.

aurait-il été ainsi si la dot avait été constituée avec dispense de rapport. On n'aurait pas pu objecter, comme on l'a fait, au cas de rapport, que « la femme était censée n'avoir pas été dotée » (1).

Dans l'affaire portée le 1^{er} décembre 1857 devant la Cour de cassation, l'acte de partage auquel avait participé la femme dotale portait cette mention, que tel immeuble de la succession lui était attribué pour la remplir non seulement de ses droits héréditaires mais de sa dot. A notre sens, il faut voir dans cette mention insérée dans l'acte de partage un simple avertissement pour les tiers, que l'immeuble attribué à la femme, bien que paraphernal, renfermait néanmoins des valeurs dotales. La femme a voulu éviter tout reproche de clandestinité. Elle a répondu, par avance, à une exigence de publicité que nous ne voyons formellement imposée par la jurisprudence que plus de trente ans après.

On rencontre deux décisions récentes de la Cour de cassation en matière d'inclusion de la dot par dévolution héréditaire : l'une de la Chambre des requêtes, du 3 juin 1891 (2) ; l'autre de la Chambre civile, du 26 novembre 1895 (3), statuant du même coup sur deux affaires. A ne lire que les dispositifs qui refusent à la femme le droit de prélèvement, il semblerait bien que les deux Chambres ont répudié la jurisprudence antérieure. Il n'en est rien. Elles ont simplement imposé à la femme l'obligation de publicité, sur laquelle nous reviendrons à part.

A côté de cette importante restriction, il nous en faut signaler une autre. Au cas d'acquisition d'un paraphernal de deniers dotaux, ou de sa dation en paiement, ce bien est affecté tout entier à la représentation de la dot. Il est,

(1) Regnault, *op. cit.*, p. 152.

(2) S. 93.1.5.

(3) S. 96.1.73.

en effet, dans un certain rapport de valeur avec elle, puisqu'il est à présumer que le montant de la dot égalait le prix du paraphernal, lors du transfert de propriété qui l'a fait passer dans les mains de la femme (1). Il est possible, au contraire, qu'en cas de dévolution héréditaire, les biens échus à la femme soient bien supérieurs à la dot qui est fondue, pour ainsi dire, en eux. Dès lors faut-il faire ressortir la dot en vidant successivement tous les biens, ou, au contraire, doit-on considérer que chacun d'eux contient et recèle une fraction de cette dot, proportionnelle à la valeur que représente le bien vendu ou saisi dans la succession échue à la femme? Faute de réglementation sur ce point, c'est au premier système qu'il faut s'en tenir. M. Bartin (2) parle de fixer la dot mobilière sur le bien dont les revenus serviraient à indemniser le mari, mais il se place dans le cas tout spécial où le mari a fait valoir ses droits et obtenu, sinon le capital de la dot, que la jurisprudence lui refuse, au moins les intérêts représentés par les revenus d'un immeuble à ce affecté par le tribunal. En dehors de cette hypothèse, c'est, en principe, à la femme à désigner l'immeuble qui va contenir la dot mobilière. C'est ce qu'a décidé un jugement du tribunal de Foix du 23 février 1889, confirmé en appel (3). « Il appartient, dit-il, à la femme de désigner ultérieurement (après la dévolution) l'immeuble sur lequel elle entend exercer ses reprises, pourvu que son option ait lieu sans dol et sans fraude. »

Cette détermination sera faite par la femme dans l'acte de partage, ou si elle ne vient pas en concours, dans les

(1) Nous verrons qu'en cas d'acquisition d'un paraphernal de deniers dotaux à un prix trop élevé, le mari serait responsable d'y avoir trop mis.

(2) *Op. cit.*, p. 9.

(3) Toulouse, 13 mars 1890, D. 90.2.343.

pourparlers avant de traiter avec les tiers. Nous croyons aussi qu'elle pourrait être faite, dans son testament, par le constituant qui institue la femme dotale comme légataire. Dans tous ces cas, elle constituera, du même coup, la publicité exigée par la jurisprudence.

Dans toutes les explications précédentes, nous avons supposé que le *de cujus* auquel succède la femme dotale n'avait pas encore payé la dot par lui constituée. Voyons maintenant si l'inclusion de la dot peut se produire dans l'hypothèse où il l'a déjà payée.

Une situation intéressante nous servira de transition. Nous voulons parler du cas où le *de cujus* qui avait payé la dot, devient, par suite d'éviction, débiteur de l'obligation de garantie. Il s'agit d'un *de cujus* débiteur de la femme, non plus à raison de la constitution de la dot, mais à raison de sa garantie. L'espèce s'est récemment présentée. Un individu avait constitué en dot des immeubles à sa fille mariée sous le régime dotal, et le contrat de mariage n'avait pas été transcrit. Plus tard, le constituant vendit les mêmes immeubles à des tiers, qui ayant fait transcrire leur achat, restèrent définitivement acquéreurs. Bien que la cause d'éviction fût postérieure à la constitution, elle engageait la responsabilité du donateur *dotis causa*, puisque l'éviction provenait de son fait : il devait payer le prix avec les dommages-intérêts. Survint le décès du garant et la dévolution de sa succession à la femme dotale, sa fille, qui recueillit plusieurs immeubles. Quelque temps après, ces immeubles ayant été saisis, la femme opposa son droit de prélèvement à raison de la créance dotale en garantie « qui se trouvait *infuse* dans le prix ». Le tribunal de Bagnères, par jugement du 28 juin 1895 (1), lui donna gain de cause. Prenant parti pour la dotalité de la créance

(1) S. 96.2.309, et la note.

en garantie, il décidait qu'« elle a subsisté dans le patrimoine de l'épouse jusqu'à ce qu'elle en ait trouvé l'équivalent en immeubles dans la succession de son père ». Il est un point que le tribunal ne marque pas et qui avait son importance, c'est que le partage ne contenait aucun avertissement de l'inclusion, pour les tiers. C'est la seule raison qui nous empêche d'adhérer à ce jugement. A supposer la publicité réalisée, nous ne l'aurions pas infirmé comme le fit la Cour de Pau, le 11 mai 1896, en alléguant que la créance n'était pas dotale. Cette difficulté écartée, nous ne comprenons guère la raison donnée par l'arrêtiste du Sirey qui refuse à l'immeuble échu la représentation de la créance en garantie, à la supposer dotale, parce que « l'action en garantie n'avait pas été exercée ». La créance n'était pas perdue pour cela, et l'inclusion devait se produire par le seul fait de la dévolution héréditaire. Le partage, en attribuant à la femme certains biens héréditaires, aurait agi rétroactivement pour les grever de dotalité renfermée.

Dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, il ne pouvait être question de rapport en nature, puisque le bien constitué en dot avait été attribué à un tiers plus diligent que la femme pour faire transcrire son titre. Supposons maintenant, au contraire, que l'immeuble donné en avancement d'hoirie et constitué en dot par le donateur ou par la femme donataire, soit resté dans le patrimoine de cette dernière. Le donateur vient à mourir et sa succession est ouverte. En principe, le rapport devra se faire en nature, à moins qu'il n'y ait dans l'hérédité des immeubles « de même nature, valeur et bonté » (art. 859). Si l'immeuble rapporté est remis dans le lot de la femme, tout le monde admet que cette réunion passagère et fictive à la masse n'altère en rien la dotalité. Mais au cas où la femme trouverait dans son lot un autre immeuble, faut-il le dotaliser

ou en faire un paraphernal renfermant des valeurs dotales ? faut-il ou non l'exclure de l'application de notre théorie ?

La Cour de Montpellier s'est prononcée pour la dotalité par deux arrêts des 11 novembre 1833 (1) et 2 mai 1854 (2), et le second de ces arrêts parle d'« *échange forcé* » en appliquant ces expressions au partage (3). Si cette opinion n'avait pour elle que cet argument d'analogie, il faudrait en faire bon marché : quel rapport y a-t-il entre l'échange et le partage ? Aussi bien, si l'argument n'a pas disparu de chez Aubry et Rau (4), nous ne le retrouvons plus dans Guillouard (5). Cet auteur, envisageant l'hypothèse de constitution par la femme, argue de l'intention de cette dernière en faveur de la dotalité, et ajoute : « Cette interprétation est conforme aussi à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, car, dans le système contraire, il dépendrait de la femme de rendre sa dot aliénable en négligeant à dessein d'invoquer le bénéfice de l'article 859 (6). »

Nous n'adoptons pas cette solution. Si grande que soit la faveur due à la femme dotale, elle ne va pas jusqu'à la protéger malgré elle. Par exemple, au cas d'aliénation

(1) S. 37.2.133.

(2) S. 54.2.687. V. aussi trib. Tarbes, 1^{er} juin 1896, *Répert. du Notariat*, 1897, n° 9856.

(3) Ce considérant est évidemment inspiré de la doctrine de Troplong, qui écrivait quelques années auparavant en expliquant l'hypothèse qui nous occupe : « Il peut arriver que l'échange, au lieu d'être volontaire, est la suite d'une situation que la femme est obligée de subir, abstraction faite de toute volonté de sa part » (*op. cit.*, t. IV, n° 3512).

(4) T. V, § 534, p. 541.

(5) T. IV, n° 1754.

(6) C'est l'article qui dispense la femme du rapport en nature, lorsqu'il y a dans la succession des « immeubles de même nature, valeur et bonté ».

d'un bien dotal, si la loi lui accorde une action en nullité à laquelle elle ne peut renoncer, elle ne lui en impose pas l'exercice. Il est vrai que, le partage terminé, la femme ne peut revenir sur sa décision. Mais n'est-on pas obligé de reconnaître, dans certains cas, que la femme peut compromettre sa dot, par exemple si, en acquérant un paraphernal de deniers dotaux, elle néglige volontairement d'entourer cette opération de publicité et ne mentionne pas l'origine des deniers ?

Par l'effet du rapport, la donation faite à la femme est résolue. Mais, comme l'obligation du rapport avait pour but d'égaliser les parts, sans atteindre la dot qui est constituée pour toute la durée du mariage, il faudra retrouver cette dot dans les biens mis au lot de la femme. Comme le dit Tessier (1), « on tiendra ces fonds pour extradotaux et aliénables ; seulement la valeur de l'immeuble donné en dot y reposera (2) ».

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 275.

(2) En ce sens : Agen, 27 juillet 1865, S. 66.2.5. La Cour de cassation ne s'est prononcée pour la dotalité qu'au cas de rapport d'une créance dotale et d'attribution d'une autre créance. La femme perdait des deniers dotaux et devait en retrouver d'autres. Mais la Cour n'aurait peut-être pas admis la même solution au cas de rapport et d'attribution d'immeubles différents. V. Cass., 3 février 1879, S. 79.1.353.

CHAPITRE IV

DES CONDITIONS DE PUBLICITÉ ET DE PREUVE.

Rien n'est plus délicat que la balance à tenir, sous le régime dotal, entre les intérêts de la femme et ceux du crédit public et des tiers. « On voudrait, dit M. Charmont (1), à la fois protéger la dot et ne pas sacrifier le juste droit des tiers. C'est poursuivre, entre des tendances opposées, une sorte d'équilibre instable, et par la force même des choses, on est toujours exposé à verser dans un sens ou dans un autre. » Il est certain que, pendant longtemps, cet « *équilibre des intérêts en présence* » (2) fut rompu au détriment des tiers par la clandestinité d'inclusion de la dot. La femme paraissait avoir un paraphernal, et puis, au cas de saisie, elle venait prélever avant ses créanciers les deniers dotaux contenus. Les tiers étaient victimes de leur confiance dans la femme, et se voyaient dépouillés d'un gage sur lequel ils avaient le droit de compter.

Le danger se présentait d'une manière particulièrement grave en cas d'inclusion par dévolution héréditaire. S'ils voulaient se mettre à couvert, dans l'hypothèse où la femme était seule héritière, les tiers n'étaient pas au bout de leurs recherches. Voici, en effet, un immeuble recueilli par leur débitrice, femme dotale, dans une succession, alors que le contrat de mariage ne dotalise pas les biens à venir. Est-ce un paraphernal absolument libre ou bien

(1) *Rev. crit.*, 1901, p. 78.

(2) *Gény, op. cit.*, p. 539.

représente-t-il la dot ? Pour s'en assurer ils devront s'enquérir des faits suivants : la femme n'avait-elle pas, lors de la dévolution héréditaire, une créance en constitution de dot contre le *de cujus*, qui n'a pas été payée en tout ou en partie ? n'y avait-il pas dans la succession des valeurs suffisantes pour répondre de la dot, en dehors des paraphernaux en question ? « Imposer aux prêteurs et aux acheteurs la tâche difficile et pleine de dangers d'une pareille recherche, ce serait multiplier sous leurs pieds les embûches, et se départir d'une manière assez marquée de l'esprit si français du Code qui ne fait dépendre que de conditions nettement définies et faciles à remplir la conservation des droits de chacun (1). » C'est néanmoins une prétention de ce genre que manifestaient, au moins implicitement, la plupart des arrêts. « Créanciers ou acheteurs des immeubles, disait la Cour de Toulouse, le 13 mars 1890 (2), ne sauraient s'en plaindre, avertis qu'ils sont par le contrat de mariage. » Mais quelques semaines avant (3), la Cour de Pau avait commencé à réagir contre cet abus. La femme était légataire universelle et rien ne révélait la dotalité renfermée. La Cour refusa de reconnaître le droit de prélèvement. L'affaire fut portée à la Chambre des requêtes qui rejeta le pourvoi, à la date du 3 juin 1891, sur le rapport de M. le conseiller Cotelle (4). Cette décision était déterminée, entre autres motifs, par le défaut de publicité. « Pour que l'inaliénabilité de la dot puisse être invoquée contre les tiers qui ont contracté de bonne foi avec la femme, disait le rapporteur, au moins faut-il, si l'on veut laisser aux transactions quelque degré de sûreté, que ces tiers aient eu les moyens de vérifier la

(1) Cotelle, rapport dans S. 93.1.7, col. 3.

(2) D. 90.2.343.

(3) Pau, 24 janvier 1890, S. 93.1.5.

(4) S. 93.1.5 et la note Labbé.

condition privilégiée des biens qu'ils achetaient ou qu'ils acceptaient en garantie du prêt de leurs capitaux. »

Quand la femme viendra en concours avec d'autres héritiers, l'acte de partage qui formera leur titre, est tout indiqué pour recevoir la mention et l'annonce de la dotualité renfermée (1). De même, en cas de legs, c'est le testament qui pourrait remplir cet office. Mais dans l'hypothèse où la femme est seule héritière, la condition de publicité ne sera-t-elle pas un obstacle à l'inclusion de la dot ? Certains auteurs l'ont cru. « De l'acquisition de l'immeuble recueilli dans la succession du débiteur de la dot, dit M. Labbé (2), il ne sera dressé aucun acte. Les effets réels de cette indisponibilité demeurée obscure ne peuvent se produire à l'encontre des tiers. » De même, M. Mongin (3), après avoir parlé du partage et de la publicité dans l'acte, ajoute : « Cette ressource fait défaut lorsque la femme est seule héritière... ; la théorie de la jurisprudence perdra son efficacité (4). » Mais nous estimons avec M. Vigié (5), que la femme pourra encore exercer son droit de prélèvement à l'encontre des créanciers, si elle a eu soin de faire la déclaration de dotualité renfermée lors des contrats qu'elle a passés avec eux. Comme le dit la Cour de Pau (6), qui condamne la femme pour ne l'avoir pas fait, « dans les

(1) Cette publicité remplie, on ne saurait accuser de stellionat la femme qui hypothèque l'immeuble mis dans son lot et renfermant la dot, sans faire connaître cette circonstance. En effet, l'article 2059 du Code civil qui régleme le stellionat doit être restreint au cas qu'il prévoit. V. Agen, 18 mai 1858, S. 58.2.373.

(2) En note dans S. 93.1.5.

(3) En note dans *Pand.*, 97.1.17.

(4) Il conclut que « pour assurer la protection de la dot, il faudra avoir recours à d'autres règles juridiques : la femme pourra utiliser la valeur des biens de la succession réalisée par voie de vente ou de prêt hypothécaire, pour payer au mari la dot promise ».

(5) *Rev. crit.*, 1897, p. 491, note 1, *in fine* (p. 492).

(6) Pau, 2 juin 1896, S. 96.2.216.

divers actes qu'elle a souscrits, l'intimée aurait dû prévenir les prêteurs et alléguer cette affectation spéciale qu'elle allègue aujourd'hui ».

A plus forte raison, la femme aurait dû être privée de son droit de prélèvement, si elle avait présenté les paraphernaux comme libres de toutes charges, et ce fait s'était produit dans l'espèce soumise à la Chambre des requêtes. Il est inexact de statuer comme le fit la Cour de Toulouse, le 27 juin 1892 (1). Elle trouve toute naturelle l'équivoque créée par la femme, et prétend que « sa déclaration au fond était vraie, sous cette réserve que sa dot était *amalgamée* à ses immeubles ». Mais dans le cas où la publicité est réalisée, non plus par des déclarations, mais par un acte, tel que le partage, faut-il refuser le prélèvement à la femme qui a fait une fausse déclaration, sans pourtant l'accompagner de manœuvres frauduleuses ?

On pourrait soutenir la négative, en arguant par analogie de l'article 1307, aux termes duquel « la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution ». C'est au créancier à se renseigner et à suivre la filière ainsi disposée : l'acte de naissance, avec la mention de célébration du mariage, depuis la loi du 17 août 1897 ; l'acte de mariage, avec l'indication du notaire rédacteur du contrat de mariage et les titres de la femme pour compléter la publicité. Mais il nous semble qu'on peut répondre qu'il n'y a pas égalité juridique et partant, pas analogie entre les deux cas. Comme le fait remarquer M. Deschamps (2) « le motif traditionnel de l'exigence, en ce qui concerne le mineur, d'un dol qui excède la simple déclaration de majorité, c'est le soupçon que doit faire naître en l'esprit du cocontractant l'apparence de la

(1) S. 92.2.188.

(2) *Du dol et de la fraude des incapables*, p. 198.

jeunesse ». La femme reste sous l'empire du droit commun et responsable de son dol.

L'arrêt de rejet de 1891 marque une date importante dans l'évolution de la dotalité renfermée : c'est un correctif nécessaire apporté aux droits de la femme dans l'intérêt des tiers. Mais il faut reconnaître qu'il imposait une véritable obligation de publicité. Il agissait à la façon de la loi avec cette différence qu'il avait un effet rétroactif. Après avoir fait remarquer qu'« en présence des évolutions clandestines du droit, le public est démuné de la protection que lui offre contre les variations législatives la non-rétroactivité des lois », M. Lambert (1) ajoute : « Parmi les phénomènes que la production extralégislative est susceptible de provoquer, les plus dangereux assurément, dans cet ordre d'idées, sont *les sautes de jurisprudence*, les mouvements trop précipités de marche en avant, suivis de brusques retours en arrière. » Nulle part, ce phénomène ne se manifeste mieux que dans l'arrêt de 1891. Aussi bien, certaines Cours du Midi prétendirent sauvegarder les droits acquis de la femme, et protestèrent contre la jurisprudence de la Chambre des requêtes. La Cour de Montpellier, le 24 mars 1892 (2), celle de Toulouse, le 27 juin 1892 (3), continuèrent les anciens errements. Elles furent réprimées dans leur tentative de résistance par la Chambre civile qui, par deux arrêts en date du 26 novembre 1895 (4), confirma la manière de voir de la Chambre des requêtes. Ces arrêts sont plus importants que les précédents, car ils sont dégagés des circonstances de fait. Il est permis d'espérer que sur ce point la jurisprudence est fixée, la tradition va être perpétuée par les Cours et tribu-

(1) *Rev. intern. enseign.*, 1900, t. II, p. 223.

(2) S. 96.1.73.

(3) S. 93.2.188.

(4) S. 96.1.73.

naux. Déjà la Cour de Pau saisie du renvoi par la Chambre civile, se conforma à sa doctrine par arrêt du 2 juin 1896 (1).

Si l'obligation de publicité a été affirmée avec plus d'éclat par la jurisprudence pour le cas de dévolution héréditaire, elle doit être imposée aussi en cas d'inclusion de la dot par suite d'acquisition ou de dation en paiement. M. Cotelle, rapportant l'affaire soumise à la Chambre des requêtes, envisageait ces hypothèses. « Si la dotalité, disait-il, persiste dans les deniers qui se sont incorporés à l'immeuble dont ils auront servi à payer l'acquisition, c'est seulement en tant que cette affectation de deniers sera constatée par un instrument opposable aux tiers... Il ne suffit même pas que la représentation des deniers dotaux soit établie dans un acte, comme le demande en termes trop vagues Tessier : il faut, en outre, que cet acte soit le même qui forme le titre de propriété de la femme, le titre auquel une prudence ordinaire prescrit aux tiers de se référer. » Et Labbé, annotant au Sirey l'arrêt rendu sur ce rapport, parlait aussi de « cet avertissement non pas vague et flottant comme les énonciations d'un contrat de mariage, mais inhérent à la propriété d'un immeuble dont il accompagne et éclaire les transmissions ». La Cour de cassation, dans son arrêt du 1^{er} août 1900 (2), semble reconnaître la nécessité de la publicité en cas d'acquisition de deniers dotaux, en relevant cette circonstance que « l'origine des deniers dotaux est dûment constatée ».

Cette obligation avait été souvent méconnue. Notamment au cas où les déclarations prescrites pour le remploi n'avaient pas été observées, il a été jugé que s'il n'y avait pas dotalité proprement dite, il y avait au moins dotalité

(1) S. 96.2.216.

(2) S. 1901.1.5. V. aussi trib. St-Affrique, 11 mars 1896, *Mon. jud. du Midi*, 3 mai 1896.

renfermée (1). Il ne faudrait plus l'admettre, puisque dans les deux hypothèses d'inclusion et de remploi, les conditions de publicité sont les mêmes. « Cette dotalité imparfaite admise par la jurisprudence, dit M. Planiol (2), est soumise à des conditions de publicité tout à fait comparables à celles qui régissent le remploi des véritables biens dotaux : il faut des déclarations de l'origine des deniers et de la destination du bien nouveau. » A ce propos, il faut bien remarquer qu'en exigeant ces conditions de publicité pour l'hypothèse d'acquisition de deniers dotaux sans remploi, on ne s'écarte pas plus du Code que dans le cas de remploi sous le régime dotal. On sait, en effet, que, sous ce régime, la loi n'a pas réglé les conditions du remploi : ce sont les interprètes qui ont appliqué, par analogie, les règles édictées pour la communauté.

La publicité que nous venons d'examiner a fait disparaître les inconvénients les plus graves de la dotalité renfermée. Les acquéreurs ou les créanciers qui traitent directement avec la femme sont mis à l'abri. Mais cette publicité est incomplète. Si le bien passe entre les mains de plusieurs acheteurs ou donataires successifs, ces sous-acquéreurs seront bien mal avertis de la charge qui grève les biens dont ils sont devenus propriétaires. Comment exiger d'eux, surtout en matière mobilière, qu'ils vérifient tous les contrats pour remonter jusqu'à la femme et à son titre d'acquisition ?

Si la condition de publicité ne protège pas absolument les tiers, d'un autre côté, elle crée un danger pour la femme. Elle peut, en effet, compromettre sa dot en négligeant de remplir les formalités qui rendent son droit de prélèvement opposable aux tiers. « On objecterait, en vain,

(1) Bordeaux, 14 mai 1857, S. 57.2.547 ; Agen, 23 août 1891, S. 93.2.97.

(2) En note dans D. 96.1.315, col. 2.

dit M. Magnol (1), qu'il faut malgré tout, malgré la femme elle-même, sauver la dot dans l'intérêt de la famille, que c'est ouvrir la porte à la fraude, en ce sens que la femme pourra tourner très facilement la protection qu'on lui impose, en ne mentionnant pas dans l'acte l'origine des deniers. Dans ce cas, en effet, elle commet une sorte de quasi-délit, tout au moins analogue à celui que commet la femme dotale commerçante qui ne publie pas son contrat de mariage, ce qui la rend responsable de ses engagements relatifs à son commerce, même sur ses biens dotaux. »

La femme peut omettre la publicité, mais il ne lui servirait de rien, par contre, d'organiser une fausse publicité. La mention ou l'avertissement imposés par la jurisprudence ont bien pour but d'avertir les tiers et de les mettre en garde, mais ils ne sauraient dispenser la femme de faire la preuve de l'inclusion de la dot, lorsqu'elle voudra exercer son droit de prélèvement. Ici, comme ailleurs, « la protection juridique accordée par le juge a pour condition la preuve de l'existence des conditions auxquelles est attaché le droit. La preuve est le prix auquel le juge accorde cette protection et que doivent payer tous ceux qui l'interrogent. De la question de preuve dépend, en pratique, le maintien du droit contesté » (2).

Dans l'hypothèse où l'inclusion se produit par dation en paiement, ou par dévolution à la femme de la succession du constituant non libéré, la femme aura à prouver que la créance ne lui avait pas été payée. En cas d'acquisition de deniers dotaux, deux faits seront à établir : l'existence de deniers de cette origine ; leur affectation à payer l'acquisi-

(1) *Etude sur les effets de la séparation de biens sous le régime dotal*, p. 115.

(2) Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. Meulenaere, p. 125.

tion (1). Le second de ces faits ressortira, ce nous semble, de la publicité elle-même qui manifeste l'intention d'imputer les deniers dotaux sur le prix d'acquisition. Le titre de la femme lui sert de preuve sur ce point. La demande devant être rejetée, faute de publicité, le tribunal n'aura pas à examiner à part cette question d'affectation (2).

Quant aux deniers dont l'existence est à prouver ils peuvent avoir été directement constitués en dot (3). Ils proviennent aussi de l'aliénation des biens dotaux au cours du mariage. Toutefois, nous savons que la preuve d'origine des deniers donnerait à la femme une protection plus complète que celle de la dotalité renfermée, s'il y avait une clause d'emploi ou de remploi dans le contrat de mariage.

À l'hypothèse de remploi, faut-il assimiler celle où l'aliénation a eu lieu contrairement au contrat de mariage ? On l'a récemment soutenu en justice. Une femme avait aliéné à tort un de ses immeubles dotaux. Après séparation de biens, elle reçut du mari un autre immeuble en paiement du prix de celui qui avait été indûment aliéné, et elle prétendait que cette dation en paiement avait pour effet de rétablir les choses dans l'état voulu par le contrat de mariage : il n'y avait pas dotalité renfermée, mais dotalité

(1) Trib. Valence, 2 février 1857 et Grenoble, 41 juillet 1857, S. 57.2.549 ; trib. Versailles, 4 mai 1874, et Cass., 29 décembre 1875, S. 77.1.58 ; Nîmes, 27 août 1876, *Rev. crit.*, 1876, p. 657, et l'examen doctrinal de M. Paradon.

(2) Il n'aura pas à se demander comme le tribunal de Versailles, alors qu'on n'exigeait pas encore la publicité, s'« il n'y a aucune raison pour que la somme provenant des deniers dotaux soit imputée sur le montant du prix d'acquisition ».

(3) Si les deniers donnés par un tiers à la femme ont été déclarés dotaux contrairement au contrat de mariage, la responsabilité du notaire rédacteur de la donation pourrait être engagée, et la femme serait indemnisée de la perte du droit de prélèvement sur lequel elle comptait. V. Paris, 7 mai 1895, D. 96.2.204.

pure et simple. La Chambre des requêtes (1) rejeta sa prétention, à bon droit. Le système proposé par le pourvoi aurait abouti soit à introduire une ratification indirecte de l'action en nullité si on admettait qu'elle est éteinte, soit, au cas contraire, à consacrer la coexistence de deux droits distincts représentant le même bien dotal.

(1) Cass., 16 mars 1897, S. 97.1.265 et la note, D. 98.1.81 et la note. V. aussi Paris, 31 janvier 1895, *Rev. Notar.*, 1895, n° 668.

CHAPITRE V

DE LA JOUISSANCE ET DE L'ALIÉNATION DES PARAPHERNAUX RENFERMANT DES VALEURS DOTALES.

La dotalité renfermée se manifestera lors de l'exercice du droit de propriété des paraphernaux renfermant des valeurs dotales. Il nous faut donc rechercher quels vont être les effets de l'inclusion sur la jouissance de ces biens ; quelles seront aussi ses conséquences sur leur aliénation : aliénation volontaire par la femme, à titre onéreux ou à titre gratuit, aliénation forcée, à la suite de saisie, par ses créanciers. Nous parlerons de ce dernier point dans un chapitre à part, à cause des développements qu'il comporte.

I. — *De la jouissance.*

En principe, c'est la femme qui conserve le droit de jouissance sur ses paraphernaux. Cette situation est-elle modifiée par la coexistence du droit de prélèvement de la dot mobilière, à côté de la propriété du paraphernal qui la renferme ?

La question ne se présente qu'avant la séparation de biens, puisqu'ensuite, c'est à la femme que revient la jouissance de tous ses biens, même dotaux. Elle n'offre pas, du reste, un grand intérêt pratique, et pour cette raison, ne se rencontre guère dans les recueils de jurisprudence. Il faut en aller chercher la solution dans les auteurs. Aubry et Rau (1) l'ont résolue en ce sens que, les immeu-

(1) § 534, p. 537, 538. M. Escavy (*op. cit.*, p. 96) donne au mari

bles contenant les deniers dotaux se trouvent soumis à la jouissance du mari (1). Mais cette solution nous semble heurter trop violemment le texte de l'article 1576, qui accorde à la femme « l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux ».

M. Colmet de Santerre a proposé une autre combinaison. « La femme, dit-il (2), doit indemniser le mari de la diminution de jouissance que l'opération entraîne pour lui. Elle doit lui payer les intérêts de la somme d'argent qu'il a fournie. La créance d'intérêts constituera désormais la dot de la femme (3). » M. Planiol (4) qui adopte aussi ce système, fait remarquer qu'« il n'y a pas de raison pour considérer cette obligation comme pesant sur le bien qui représente la dot, plutôt que sur le reste de la fortune paraphernale de la femme ». C'est dire que l'inclusion n'aura pas d'effet spécial sur le paraphernal renfermant les deniers dotaux.

Ce système nous paraît le meilleur. Tout en respectant l'article 1576, il est en harmonie avec le point de départ de la jurisprudence. Le bien représentant les valeurs dotales, est soumis à un droit de propriété qui est parapher-

la jouissance, mais « à charge par lui de restituer à sa femme la portion des revenus qui correspondra à la portion de l'immeuble qui ne peut pas être réputée représenter les deniers dotaux », c'est-à-dire, à la plus-value. Un tel système n'est guère pratique.

(1) Toutefois, dans le cas d'inclusion par dévolution héréditaire, ils limitent le droit de jouissance du mari « à concurrence des intérêts de la dot ».

(2) *Cours analytique de Code civil*, t. VI, n° 223, V, 2°.

(3) M. Guillouard après avoir adopté le même système, ajoute toutefois, dans le cas de dévolution héréditaire, que « si les immeubles recueillis par la femme deviennent des paraphernaux, ils sont grevés, au profit du mari, de la dette des intérêts annuels que la dot en argent lui aurait procurés ». C'est, en somme, le système d'Aubry et Rau.

(4) En note dans D. 96.1.314, col. 2.

nal et à un droit de prélèvement qui est dotal. C'est sur ce dernier seul que doit s'exercer la jouissance du mari. Mais tant que dure l'inclusion, c'est un droit inerte, improductif, qui ne se résoudra en deniers dotaux que lors de l'*exclusion* par la vente, la saisie, ou l'emprunt. En attendant, la femme qui jouit du paraphernal, doit servir par avance au mari les intérêts de ces deniers.

Toutefois, si le système cadre bien avec la jurisprudence, il n'est guère d'accord avec la doctrine de ceux qui l'ont présenté, et qui n'admettent pas l'inclusion de la dot. Ils ne devraient voir dans le placement des deniers dotaux au nom et pour le compte de la femme qu'un simple prêt, qui ne porte intérêt qu'autant que les époux l'ont formellement stipulé.

L'unique document de jurisprudence qui examine la question remonte à une époque où l'on ne parlait pas encore de dotalité renfermée. C'est l'arrêt de la Cour de Riom du 11 février 1809 (1), dont nous avons déjà dit un mot. Une femme dotale avait recueilli la succession de son père avant le paiement de la dot qu'il lui avait constituée. Le mari actionna la femme en paiement de cette dot. La Cour ne lui reconnut qu'un droit aux intérêts, et, à ce titre, imposa à la femme « le délaissement d'un usufruit d'immeuble suffisant pour produire cet intérêt ».

Le procès de 1809 s'était produit au cas de succession. C'est bien la seule hypothèse où l'on puisse supposer, qu'aujourd'hui encore, se produirait un conflit. Le mari, en effet, créancier de la dot, se voit frustrer d'une somme sur laquelle il pouvait compter. Dans les autres cas, au contraire, le mari a consenti à l'inclusion. Du reste, le plus souvent la femme laissera au mari, expressément ou tacitement, la jouissance de ses paraphernaux, et les revenus se compenseront avec les intérêts dus au mari.

(1) S. 40.2.72.

II. — De l'aliénation à titre onéreux.

Les biens renfermant des valeurs dotales étant des biens paraphernaux, sont aliénables en eux-mêmes. Mais il nous faut rechercher si la protection de la dot n'a pas nécessité certaines restrictions au droit de disposition. En effet, « la dot se dégagera alors de l'enveloppe immobilière qui la contenait » (1), « jaillira de sa gaine immobilière (2) ».

Et d'abord, la femme est-elle absolument libre, au moins en théorie, dans la fixation du prix ? Un doute se conçoit, car rien n'est plus dangereux que cette faculté. Le prix est chose essentiellement subjective et toute relative (3). La femme mettra le bien à un prix d'autant plus bas que ses besoins d'argent sont plus pressants, et sous couleur de vente, elle arrivera à compromettre sa dot incluse.

Il est un premier point certain, c'est qu'au cas où la vente serait faite à vil prix, la femme aura une action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, comme tous les vendeurs. Toutefois, par exception au droit commun, il semble bien que la femme ne pourrait y renoncer, puisque cette action tend à la conservation de la dot. A supposer que le prix soit sérieux, on ne saurait réclamer l'intervention du tribunal pour garantir la fixation à un taux suffisamment rémunérateur : le bien est un paraphernal et c'est pour les seuls biens dotaux que cette condition est exigée. Mais faut-il imposer à la femme une mise à prix assez élevée pour couvrir le montant des valeurs dotales ? En bonne logique, telle devrait être la

(1) Labbé, en note dans S. 93.1.5.

(2) Lambert, en note dans *Pand.*, 96.1, 322, col. 1.

(3) Un philosophe qui trouve mauvais qu'on laisse « le droit aux juristes, la mine aux mineurs » a donné cette formule : « Le prix résulte d'une pesée psychologique dont les poids à équilibrer sont des doses de désirs ou de croyances dépensées par un même individu » (Tarde, *Rev. phil.*, 1881, t. II, p. 249).

solution des Cours qui, en cas de saisie, obligent, comme nous le verrons, les créanciers à garantir un prix d'adjudication assez fort pour remplir la femme de son droit de prélèvement. Pourtant la jurisprudence n'a jamais émis cette prétention.

Si ce n'est point par la fixation du prix, est-ce par l'emploi de certaines modalités affectant l'aliénation, que la jurisprudence s'est ingéniée à protéger la femme ? Dans l'aliénation qu'elle opère, comme dans toute autre vente, se trouve d'abord sous-entendue la condition résolutoire pour défaut de paiement du prix. Cette garantie permettra à la femme de recouvrer le paraphernal avec les valeurs dotales incluses, et pour cette raison nous lui refuserons le droit d'y renoncer. Mais la jurisprudence ne s'est pas toujours contentée de cette protection, et la Cour d'Aix imagina une autre combinaison qui fut sanctionnée par la Chambre des requêtes, au rapport de Troplong (1). Une femme dotale, séparée de biens, avait vendu l'immeuble qui lui avait été donné par son mari en paiement de ses reprises. Le prix n'avait pas été payé effectivement, mais il y avait eu compensation. Plusieurs années après, la femme prit fantaisie de revendiquer l'immeuble. La Cour lui donna gain de cause, en ajoutant que « les acquéreurs de ces immeubles, s'ils avaient voulu se soustraire à l'action en revendication exercée contre eux, auraient dû offrir la restitution de la dot mobilière ». Ainsi le paraphernal pouvait être vendu, mais à la condition que l'acquéreur versât effectivement non pas seulement le prix, mais le montant intégral de la dot incluse qui peut lui être supérieur, et sans que la femme pût procéder à une exécution directe. Nous ne pouvons admettre cette solution, qui, du reste, est isolée et n'a pas fait jurispru-

(1) Aix, 25 juillet 1840, et Cass., 31 janvier 1842, S. 42.1.110.

dence. De deux choses l'une, l'immeuble est aliénable ou il ne l'est pas. S'il est inaliénable, ce n'est pas l'offre de la restitution de la dot qui peut effacer le vice originel de la vente. Dans le cas contraire, la femme a le choix de faire exécuter la vente ou de demander au tribunal la rescision de cette vente, mais elle n'a jamais le droit d'exercer une action en revendication.

Nous ne subordonnerions pas davantage la validité de la vente à l'obligation pour l'acquéreur de garantir l'emploi du prix, après la séparation de biens, comme l'a fait la Cour d'Aix, dans un autre arrêt, du 21 mars 1839 (1). Cette jurisprudence s'expliquait à cette époque. Alors, en effet, les tribunaux imposaient à la femme dotale séparée de biens l'obligation de faire emploi, d'après les traditions de l'ancien droit. Mais, comme nous l'avons déjà dit, ils sont revenus de leurs anciens errements et décident qu'elle est pleinement capable de recevoir ses capitaux (2). Dès lors ils ont renoncé à une mesure qui, non seulement assurait à la femme son prix, mais en empêchait la dissipation. Comme le dit un arrêt de Grenoble du 1^{er} juillet 1846 (3), la femme peut procéder à une vente « pour placer le prix en provenant de toute autre manière, ou pour le conserver par devers elle » (4).

Si la jurisprudence n'impose pas un prix de vente à la femme et n'en garantit pas d'une façon spéciale le paie-

(1) D. 39.2.151.

(2) Cass., 2 mai 1867, S. 67.1.207 ; Cass., 26 juillet 1869, S. 70.1.17.

(3) S. 47.2.280.

(4) Il n'en serait autrement que si le contrat de mariage avait imposé un mode d'emploi des deniers dotaux qui n'a pas été respecté par l'acquisition faite de ces deniers. Nous aurons donc un paraphernal renfermant des valeurs dotales, dont le prix de vente devra être employé conformément aux stipulations anténuptiales. V. Limoges, 27 décembre 1892, D. 94.2.302.

ment et la conservation, ce n'est pas qu'elle abandonne cette femme aux dangers du droit commun. Elle protège la créance du prix et, au cas où cette créance ne suffit pas à assurer le montant intégral de la dot incluse, elle supplée à son insuffisance.

Il se peut d'abord que la créance soit supérieure ou tout au moins égale au montant des deniers dotaux. Elle est alors frappée d'inaliénabilité à concurrence de ce montant. C'est une créance renfermant des valeurs dotales, comme pourrait l'être celle acquise de deniers dotaux. Il y a eu *transfusion* de la dot de la chose dans la créance du prix. La dotalité renfermée subsiste, en effet, à travers les transformations du paraphernal, dont nous avons là une application qui n'est pas la seule. C'est ainsi que la Cour de Grenoble (1) a jugé que l'échange, lui aussi, n'opérerait que « *la substitution d'un placement à un autre* ». Toutefois, quand c'est la créance du prix qui est substituée au paraphernal, plutôt que de parler de dotalité renfermée, il serait plus exact de dire que la créance est dotale à concurrence du montant des deniers dotaux. Il est toujours facile, en effet, de déterminer la limite de la dotalité et de la paraphernalité et partant la somme à protéger.

A concurrence de cette somme, il faudra observer cette règle « qui veut que la dot mobilière ne puisse jamais servir à payer les dettes de la femme *constante matrimonio*, afin que les enfants retrouvent cette dot intacte à la dissolution du mariage » (2). Cette somme ne pourra être saisie-arrêtée par les créanciers de la femme (3). Il lui sera

(1) Grenoble, 4 mars 1868, S. 68.2.207.

(2) Troplong, rapport dans S. 42.1.110.

(3) Cass., 27 février 1883, S. 84.1.185 ; Pau, 8 juin 1892, D. 94.2.315 ; Grenoble, 1^{er} juin 1897, D. 98.2.430.

La jurisprudence applique cette règle à l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique d'un paraphernal renfermant des valeurs dotales, « attendu qu'il est certain que la somme saisie

interdit de la déléguer à ses créanciers, ou d'y renoncer. Elle est incapable d'en recevoir paiement en monnaie de compensation, comme l'a jugé la Chambre des requêtes (1), « considérant que le prix devait recevoir la destination de subvenir aux charges du mariage ». La compensation légale équivaldrait à une saisie-arrêt sur soi-même du débiteur du prix, créancier lui-même de la femme. Quant à la compensation conventionnelle, elle exige, pour sa validité, que chacun des stipulants ait la libre disposition de la créance à compenser (2). Le mari aurait donc ce droit pendant son administration, mais la femme en serait privée après la séparation de biens.

Ainsi la jurisprudence protège la femme jusqu'au versement effectif des deniers dotaux. Mais que va-t-il arriver si le paraphernal a subi une moins-value, ou si, même en dehors de cette circonstance, il a été vendu moins cher qu'il n'avait été payé et à un prix insuffisant pour couvrir la dot renfermée ? La créance du prix sera, sans doute, entièrement dotale, mais la femme perdra-t-elle sans retour la différence ? Il nous faut chercher la réponse dans un arrêt de Grenoble du 1^{er} juin 1897 (3). Un an avant le prononcé, M. Planiol (4) se demandait si, dans notre hypothèse, « l'acheteur serait tenu de payer un supplément jusqu'à concurrence de la dot, malgré la fixation du prix par le contrat ». C'est précisément cette solution que la Cour a adoptée.

était d'origine et de nature dotale ». V. Cass., 12 mars 1866, S. 66. 1.159.

Ajoutons que le droit de saisir-arrêter appartiendrait aux créanciers qui peuvent saisir les biens dotaux, et à qui la femme peut opposer son droit de prélèvement.

(1) Cass., 31 janvier 1842, S. 42.1.110.

(2) Cass., 29 mai 1839, Dall. V^o *Contrat de mariage*, n^o 3553.

(3) D. 98.2.430.

(4) En note, dans D. 96.1.315, col. 1.

Les époux Reynaud ayant été séparés de biens, divers immeubles avaient été cédés par le mari à sa femme en paiement de ses reprises de 4.173 fr. 50. Plus tard, la femme revendit ces mêmes immeubles à un sieur Priori, son créancier de 1.645 francs, et le prix fut fixé à la même somme de 1.645 francs. Ainsi que la Cour le constate, cette estimation était suffisante, étant donnée la moins-value : il n'y avait pas lieu à rescision pour cause de lésion. Mais la dot n'était pas perdue pour la femme : « attendu que puisque ces biens sont le gage et la représentation de sa dot mobilière, la dame Reynaud en les transmettant à Priori à titre onéreux n'a pu les lui céder que grevés de sa créance de 4.173 fr. 50 ; que Priori, en sa qualité de détenteur de ces biens est tenu ou de *payer* ces 4.173 fr. 50, ou s'il estime que les immeubles n'ont pas cette valeur, de les *délaisser* à l'appelante en paiement de sa dot mobilière ».

Cet arrêt, comme on le voit, est de la plus grande importance. Il pousse à ses dernières conséquences la théorie de la dotalité renfermée. Réservant pour un peu plus tard la question théorique de la nature du droit de prélèvement, nous ne ferons ici qu'une remarque pratique. Si la jurisprudence veut entrer dans cette voie, il est certain que la femme ne trouvera plus à vendre ses paraphernaux contenant les deniers dotaux, pour peu qu'ils aient diminué de valeur. L'espèce que nous venons d'analyser le montre bien, puisqu'on réclamait à l'acquéreur près du triple du prix convenu. Il y aura une véritable inaliénabilité de fait, et l'obstacle à la vente sera d'autant plus sérieux que la femme ne peut pas, en principe, renoncer à son droit de prélèvement qui garantit la dot.

Toutefois, s'il est vrai que la faculté accordée à la femme par les articles 1555 et 1556, de donner un immeuble dotal pour l'établissement des enfants, implique celle de l'aliéner pour se procurer des ressources nécessaires à cet

effet (1), il faut décider aussi que, dans cette hypothèse, la femme peut renoncer à son droit de prélèvement et lever l'obstacle à la vente, en la ramenant au droit commun. Une question plus délicate serait celle de savoir si la femme peut se faire autoriser par justice à cette renonciation, dans les cas de l'article 1558. Nous l'examinerons plus loin, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation rendu dans l'hypothèse voisine de la constitution d'hypothèque sur le paraphernal représentant la dot.

III. — *De l'aliénation à titre gratuit.*

S'il est vrai que la disposition à titre gratuit soit « la plus noble manière d'user de la propriété (2) », c'est aussi la plus dangereuse pour la femme, lorsque cette faculté s'applique aux paraphernaux renfermant des valeurs dotales. Est-il même possible de concilier la protection de la dot incluse et le droit de disposer à titre gratuit ? Il ne pouvait être question, bien entendu, d'imposer un prix suffisamment rémunérateur, puisque le propre de la donation est d'exclure tout équivalent. Mais fallait-il interdire la donation pour conserver sûrement la dot ? C'est ce qu'a jugé la Cour de Toulouse, le 17 décembre 1868 (3).

Après séparation de biens, la femme Sabathé s'était portée adjudicataire des immeubles de son mari et s'était fait colloquer dans l'ordre pour le paiement de ses reprises, compensées avec partie du prix d'adjudication. Quelque temps après, elle procéda à un partage de ses biens entre ses enfants, et l'un d'eux fut apportionné des immeubles en question. Sept ans plus tard, la femme demanda la nullité de cette attribution. La Cour de Toulouse, confirmant en ce point le jugement du tribunal de Castelsarrazin du

(1) Cass., 26 novembre 1900, S. 1901.1.63, et la note Lyon-Caen.

(2) Thiers, *De la propriété*, p. 31.

(3) S. 70.1.185, et note Rodière ; D. 69.2.1, et note Brésillion.

3 avril 1868, prononça la nullité, par ce motif erroné, selon nous, que la constitution de biens à venir dotalisait indistinctement tous les biens acquis au cours du mariage. Elle ajoutait subsidiairement qu' « au lieu d'être absolue, la capacité de la femme, quant à l'aliénation, est restreinte, et ne peut s'étendre aux contrats qui, au lieu de lui offrir l'équivalent de sa dot, auraient, par leur nature, pour résultat de l'en dépouiller ; que la femme peut valablement consentir la vente de l'immeuble représentant ses valeurs dotales, le prix qu'elle en retire étant l'équivalent de ces deniers ; mais qu'on ne saurait admettre qu'elle ait le droit d'en disposer à titre gratuit ». Ainsi le sort des dispositions faites par la femme va dépendre de leur caractère de gratuité. Les débats vont s'engager d'abord sur cette question (1), et de sa solution va dépendre la validité du contrat.

« Ce caractère mixte, dirons-nous avec M. Brésillion (2), nous paraît difficile à comprendre et surtout à justifier. On a quelque peine à s'expliquer la nature juridique d'un bien qui serait à la fois paraphernal et de libre disposition quant aux aliénations à titre onéreux et dotal, ou frappé d'indisponibilité, quant aux aliénations à titre gratuit. » Si le paraphernal grevé de dotalité renfermée dépend de la dot, quant au droit de prélèvement, il relève du patrimoine paraphernal pour le droit de propriété. C'est très bien de protéger la dot et le droit de prélèvement, mais il ne faut pas pour cela porter atteinte à l'exercice du droit de propriété, et spécialement au droit de disposition qui en est un des attributs essentiels.

Les décisions précitées admettaient une exception à

(1) Dans le procès de 1868, les défendeurs soutenaient que « l'acte de partage ne contenait pas de disposition à titre gratuit, mais n'était en réalité qu'un acte de bail en paiement ».

(2) En note dans D. 69.2.1.

l'inaliénabilité, pour le cas où la femme ferait une donation à ses enfants, en vue de leur établissement, avec des parapherinaux représentant la dot : la donation serait absolument valable et sans réserve. Mais, dans l'espèce, « la femme avait épuisé le droit consacré par l'article 1556 dans les contrats de mariage de ses enfants » : elle ne pouvait procéder à de nouvelles libéralités. Cette doctrine qui permet sans restriction la donation, pour l'établissement des enfants, de parapherinaux renfermant les valeurs dotales, devrait, à plus forte raison, être admise par ceux qui, tout en repoussant le système de l'inaliénabilité absolue à titre gratuit, reconnaissent, dans ce cas, à la femme, un droit de prélèvement auquel elle ne peut pas renoncer en principe. C'est ce dernier système qu'a sanctionné la Chambre civile.

Le procès Sabathé fut, en effet, porté en cassation. La Chambre civile cassa l'arrêt de Toulouse, le 12 avril 1870 (1), et renvoya l'affaire à la Cour de Montpellier. Après avoir reconnu la représentation de la dot par les immeubles litigieux, la Cour suprême concluait qu'« il résulte de là, non point que les immeubles fussent indisponibles et inaliénables, mais uniquement qu'ils étaient grevés de la créance dotale entre les mains de la femme, comme ils auraient été grevés de l'hypothèque légale entre les mains du mari et, par conséquent, que la femme ne pouvait en être dessaisie ou s'en dépouiller qu'à la charge et sous la réserve de cette affectation ».

Cette solution, comme on le voit, reconnaît la parfaite validité de la donation. Il n'y a donc pas à se demander, comme le fait M. Gauthier (2), ce que va devenir la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs. Le paraphernal

(1) S. 70.1.185.

(2) *Op. cit.*, p. 88.

est fixé sur la tête du donataire, comme s'il était grevé d'usufruit, ou d'hypothèque (1). Si nous ne partageons pas ses craintes sur ce point, nous reconnaissons avec lui que si le bien donné a diminué de valeur, nous aurons ce spectacle vraiment bizarre d'une donation onéreuse pour le donataire, si tant est que quelqu'un puisse accepter une telle donation. Mais, faut-il ajouter, ce résultat n'est pas plus exorbitant que celui que nous offrait l'affaire examinée plus haut, où l'acheteur était obligé de payer près de trois fois son prix pour dégager l'immeuble acquis.

Ces deux conséquences découlent du même droit de prélèvement que la jurisprudence reconnaît à la femme, et dont nous avons réservé l'examen. Cette étude est bien à sa place à propos de la donation : cette opération ne comportant pas de prix à réclamer par la femme, le droit de prélèvement se présente alors sans aucun alliage. Mais la nature du droit sera toujours la même, qu'il s'agisse d'une aliénation amiable ou forcée, à titre gratuit ou onéreux.

L'arrêt de la Cour suprême, que nous avons analysé en dernier lieu, disait en parlant des immeubles du mari dont la femme s'était rendue adjudicataire, après séparation de biens, qu'« ils étaient grevés de la créance dotale entre les mains de la femme comme ils auraient été grevés de l'hypothèque légale entre les mains du mari si l'acquisition avait été faite par ce dernier ». Comment entendre cette formule ? M. Lambert n'y voit qu'un « rapprochement extérieur et superficiel » (2). M. Escavy con-

(1) La situation du donataire est un peu celle d'un légataire à titre particulier, sans dispense de rapport. Il garde la chose qui fait l'objet de son legs, mais en rapporte le prix à la succession. Tout son profit consiste dans ce droit de rester propriétaire de la chose léguée et d'empêcher ses cohéritiers de la prendre dans leur lot ; mais au point de vue pécuniaire, il ne fait pas de gain.

(2) En note dans *Pand.*, 96.1.324, col. 1.

clut à une analogie de nature. « La femme, dit-il (1), a une créance garantie par un privilège *sui generis* sur l'immeuble. » Nous croyons qu'il y a dans l'espèce et eu égard aux circonstances, non pas un rapprochement superficiel, non pas même une analogie profonde, mais une véritable identité entre le droit de prélèvement de la femme et son hypothèque légale. « Cette hypothèque étant inaliénable, fait remarquer M. Planiol (2), n'avait pas pu se perdre par le simple passage du bien dans le patrimoine de la femme ; l'immeuble s'en trouvait donc grevé entre les mains du donataire et la persistance de l'hypothèque légale suffisait à justifier l'idée d'une action de la femme contre le tiers détenteur. » Suivant une comparaison de M. Brésillion (3), « la femme a vis-à-vis du donataire la position qu'elle aurait vis-à-vis de l'acquéreur d'un immeuble de son mari au profit de qui elle aurait renoncé gratuitement à l'hypothèque légale grevant l'immeuble vendu (4) ».

Comme nous l'avons dit plus haut, c'est uniquement pour le cas d'adjudication à la femme, sur saisie, d'un immeuble du mari, que nous admettons cette persistance de l'hypothèque légale. C'est seulement dans cette hypothèse que la femme a obtenu une collocation dans l'ordre,

(1) *Op. cit.*, p. 108.

(2) En note dans D. 96.1.315, col. 1.

(3) En note dans D. 69.2.1.

(4) Nous retrouvons les termes de l'arrêt de 1870 de la Cour de cassation reproduits textuellement dans un jugement de Lombez du 19 février 1891 (S. 93.2.97). Dans cette affaire aussi, sur expropriation des biens de son mari, la femme s'en était rendue adjudicataire. Elle avait donc conservé son hypothèque légale et pouvait l'exercer aux termes du droit commun dans le cas, qui était celui du procès, où ces biens seraient saisis par les créanciers. C'est donc à tort, croyons-nous, que la Cour d'Agen, le 13 avril 1891, fit intervenir la dotalité renfermée, et imposa aux créanciers l'obligation de faire porter le prix à un taux assez élevé pour assurer le recouvrement de la dot.

qui garantit l'indépendance de son droit. Mais nous n'expliquerions pas de même le cas où l'immeuble du mari est purement et simplement donné en paiement des reprises de la femme, après séparation de biens. Il y a eu extinction de la créance par dation en paiement et extinction de l'hypothèque par consolidation.

Ce n'est pas qu'on n'ait combattu cette solution. On a prétendu, d'abord, que la femme ne pouvait pas renoncer par l'acceptation d'une dation en paiement, à son hypothèque légale. « Si la femme, *constante matrimonio*, ne peut aliéner ni directement ni indirectement son hypothèque légale, dit M. Lisbonne (1), elle n'est pas plus apte à consentir cette aliénation par un contrat entre elle et son mari, qu'entre elle et toute autre personne. » A cette argumentation, ne peut-on pas répondre que si la femme dotale séparée a le droit de recevoir librement le paiement de sa dot, elle a bien la faculté d'éteindre par là sa créance en restitution, et avec elle l'hypothèque qui l'accompagne et la protège ? Du reste, alors même qu'en certains cas, la loi reconnaît une hypothèque sur soi-même, par exemple au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué (art. 1251, 2^o), il n'en reste pas moins, en principe, qu'on ne peut avoir une hypothèque sur sa propre chose.

Pour éviter le reproche d'enfreindre ce principe, on a cherché à expliquer la persistance de l'hypothèque légale par la dualité des patrimoines de la femme dotale. « Ne pourrait-on pas dire, a-t-on prétendu (2), que l'immeuble donné en paiement de la dot mobilière n'entrant point dans le domaine dotal, il ne s'opère point de consolidation

(1) En note dans S. 53.2.673.

(2) Note anonyme dans D. 54.2.205.

extinctive de l'hypothèque, et que dans le domaine paraphernal, il reste grevé de l'hypothèque légale qui le frappe dans les mains du mari ? » Nous retrouvons cette doctrine dans un arrêt de la Cour de Rennes du 30 novembre 1899 (1). Une femme dotale avait reçu un immeuble du mari en paiement de ses reprises et cet immeuble avait été exproprié par ses créanciers. La Cour jugea que « la femme évincée par l'effet de cette poursuite peut faire valoir sur le prix de l'immeuble le droit d'hypothèque légale qui n'a pas cessé de lui appartenir par le paiement de ses reprises et dont l'exercice n'était que provisoirement suspendu ».

Abstraction faite des raisons précédentes, nous n'admettons pas cette explication de la dotalité renfermée, car elle n'est pas assez compréhensive. Même au cas de séparation de biens, elle ne s'appliquerait pas à l'hypothèse où la dot serait incluse, comme cela est possible, dans des meubles donnés en paiement par le mari. De plus, dans le cas où un immeuble est acquis de deniers dotaux ou donné en paiement par un tiers, et dans celui où la femme succède au constituant débiteur de la dot, la persistance de l'hypothèque légale ne se conçoit pas, pour la bonne raison que le paraphernal qui représente la dot, n'a jamais appartenu au mari. Cela est si vrai que, dans un de ces derniers cas, la Cour de Rouen, le 31 janvier 1894 (2), a refusé le droit de prélèvement à une femme dotale pour ce motif, entre autres du reste, qu'elle n'avait jamais eu d'hypothèque légale sur les biens litigieux. Dans l'espèce, la mère du mari avait hypothéqué certains de ses immeubles à la garantie de la dot que devait restituer son fils. Ce dernier étant tombé en faillite, la caution réelle donna à

(1) *Gaz. Pal.*, 17-18 décembre 1899.

(2) S. 99.1.509 et la note ; D. 96.1.162, et note Poncet ; *Pand.*, 96.1.324 et note Lambert.

la femme dotale, en paiement de ses reprises, quelques-uns des immeubles en question. Ces immeubles ayant été saisis par les créanciers de la femme, celle-ci invoqua à leur encontre son droit de prélèvement. L'arrêt de Rouen, confirmé par la Chambre des requêtes, débouta la femme, « attendu qu'elle n'a jamais eu d'hypothèque légale sur les biens donnés en paiement, qui n'étaient pas la propriété de son mari », et il ajoutait que « l'hypothèque conventionnelle stipulée à son profit s'est éteinte avec l'obligation principale ». Ainsi, fait remarquer M. Lambert (1), « la demanderesse en cassation se prévalait d'une situation qui ne s'était produite qu'à partir du jour où elle avait acquis les immeubles, objet du litige, et on lui répond qu'elle ne peut plus réclamer le bénéfice d'une sûreté réelle qui a cessé d'exister à cette même date ». Cette décision montre bien que le droit de prélèvement ne peut pas s'expliquer par la persistance de l'hypothèque légale, hors le cas d'adjudication sur saisie.

Faut-il à défaut d'hypothèque, reconnaître à la femme une créance privilégiée, naissant à son profit pour garantir la dot incluse ? Certains auteurs ont soutenu cette doctrine. « La femme, dit M. Brésillion (2), a pour sûreté de sa dot sur l'immeuble acquis par elle de deniers dotaux, dans les conditions de l'article 1553, *l'équivalent de l'hypothèque légale* qu'elle aurait sur les immeubles de son mari... Le salut de la dot par voie de collocation sur cet immeuble suffit ». M. Labbé (3), de son côté, parle de « créance garantie par une sorte d'*assignat limitatif* » (4)

(1) En note, dans *Pand.*, 96.1.323, col. 2.

(2) En note dans D. 69.2.1. En ce sens : Regnault, *op. cit.*, p. 111 ; Escavy, *op. cit.*, p. 108 ; Gauthier, *op. cit.*, p. 132.

(3) En note dans S. 88.1.145. Il s'agissait de l'hypothèse du remploi dont le prix seul est dotal.

(4) Cette formule rappelle le cas d'ameublement en valeur, où certains immeubles sont affectés à l'apport dû à la communauté.

sur les biens grevés de la restitution d'une somme dotale. Mais de même que nous avons écarté l'identification du droit de prélèvement avec l'hypothèque légale, nous repoussons son admission au rang des privilèges, et cela, à cause de l'absence absolue de texte qui l'organise. « Ce prélèvement, dit M. Lespinasse (1), ne s'opère pas en vertu d'un privilège que la loi ne mentionne nulle part et dont il ne subit pas la condition ordinaire, savoir l'inscription sur les registres publics. » On ne saurait, en effet, comparer à la publicité des privilèges la publicité restreinte créée par la jurisprudence (2). Outre les conditions d'exercice, ce sont encore les modes d'extinction qui séparent le droit de prélèvement de la femme des privilèges. Quitte à y revenir, faisons simplement remarquer ici que le tiers détenteur du paraphernal représentant la dot ne saurait user des moyens de purge organisés par la loi.

On voit combien sont nombreuses les difficultés d'ordre théorique et pratique, auxquelles se heurte cette interprétation du droit de prélèvement. Après y avoir fait allusion, M. Lambert ajoute (3) : « Je repousse cette interprétation surtout parce qu'elle a son point de départ dans la méconnaissance des principes qui servent de fondement à la dotalité renfermée... Par suite des conventions matrimoniales, la personnalité de la femme s'est en quelque sorte dédoublée. Capable en tant que propriétaire de la

(1) *Rev. crit.*, 1880, p. 446 : Un nouveau problème de la dotalité.

(2) D'autre part, on ne saurait exiger d'elle davantage. Les auteurs les moins imbus du fétichisme de la loi, tels que M. Gény, reconnaissent la nécessité presque absolue d'une intervention législative pour « organiser par des procédés artificiels et quelque peu arbitraires, la mise en œuvre des règles du droit », notamment pour organiser les formes d'où dépend l'effet des actes juridiques à l'encontre des tiers (*op. cit.*, p. 171).

(3) En note dans *Pand.*, 96.1.324.

masse paraphernale, elle aliène librement l'immeuble dans la mesure où il en fait partie, mais incapable en tant que propriétaire de la dot, elle est impuissante à renoncer aux droits dotaux contenus dans cet immeuble. La notion de privilège est aussi étrangère aux rapports réciproques des deux patrimoines qui se trouvent réunis dans une même main, sans s'y confondre, qu'aux relations des copropriétaires entre eux. » A notre sens, aussi, le droit de prélèvement est un *droit réel*, non pas accessoire d'une créance, mais *principal et indépendant*. « Il se justifie par cet unique motif que, la dot mobilière est inaliénable et que son existence se révélant sans aucune incertitude dans l'immeuble qu'elle a servi à payer, elle ne peut recevoir aucune atteinte (1). » Exercer ce droit, c'est former une *action en nullité* de l'aliénation des deniers dotaux, qui est la sanction nécessaire, l'accessoire inséparable de l'incapacité d'aliéner. « Dans le cas où la femme a aliéné un immeuble dotal, dit M. Magnol (2), la nullité lui donne le droit de recouvrer *erga omnes* l'immeuble lui-même... Lorsqu'elle a acquis un bien avec des deniers dotaux, ou l'a reçu en paiement de deniers dotaux, elle a par là même aliéné une valeur indisponible (3), mais rien qu'une valeur. Cette valeur se trouve incorporée dans cet immeuble ; invoquer la nullité de cet acte de disposition n'est pas autre chose pour la femme que de demander à recouvrer ce qui était indisponible, c'est-à-dire reprendre la valeur dotale. »

Le droit de prélèvement pourra donc être exercé par les

(1) Lespinasse, *Rev. crit.*, 1880, p. 446.

(2) *Op. cit.*, p. 106.

(3) Nous aimerions mieux dire que la femme a aliéné la valeur dotale seulement en aliénant le paraphernal qui la contient. Dans l'hypothèse correspondante de la saisie, nous verrons que l'exercice du droit de prélèvement constitue une demande en distraction.

mêmes personnes que l'action en nullité d'une femme dotale. Avant la séparation de biens, la demande sera formée par le mari. La séparation de biens prononcée, la femme recouvrera l'administration de ses biens et l'exercice de l'action en nullité. Enfin, le mariage dissous, le droit appartiendra à la femme ou à ses héritiers.

A propos du droit de prélèvement, comme au sujet de l'action en nullité, se posera la question de savoir si l'exercice peut en appartenir aux créanciers à l'égard desquels la dotalité et, partant, le droit de prélèvement n'est pas opposable. Nous n'avons pas à entrer dans la discussion détaillée de cette difficulté assez controversée. Mais il nous semble bien que les créanciers peuvent exercer ce droit. « Sans doute, dit Demolombe (1), ce n'est pas dans l'intérêt des créanciers de la femme que l'inaliénabilité dotale a été établie ; c'est dans l'intérêt de la femme. Mais une fois cette inaliénabilité établie, l'action en nullité qui en résulte ne saurait être attachée exclusivement à la personne de la femme, en tant qu'il s'agit des créanciers auxquels cette inaliénabilité n'est pas opposable. » Ajoutons que ces créanciers peuvent exercer le droit de prélèvement même avant la séparation de biens, ou la dissolution du mariage. Si avant ces événements, le droit d'exercice appartient au mari, il est censé agir au nom de la femme et ce mandat ne saurait paralyser le droit des créanciers (2).

(1) *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, p. 72.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, 232 *bis*, VI.

CHAPITRE VI

DE LA SAISIE ET DE LA DISTRIBUTION DU PRIX DES PARAPHERNAUX REPRÉSENTANT LA DOT.

La vente sur saisie du paraphernal renfermant des valeurs dotales nous intéresse au même titre que son aliénation à l'amiable, car ces opérations ont toutes deux pour résultat de faire ressortir les deniers dotaux des parapher-naux où ils sont engagés, de rendre à leur nature première les matériaux incorporés dans l'édifice. Et même, fait remarquer M. Lisbonne (1), au cas de saisie, la situation est plus favorable. « La dot mobilière menacée de disparaître dans le gouffre que cause une expropriation, est, en effet, plus digne d'intérêt que dans le cas d'une vente volontaire librement débattue. »

Le droit de saisie ne doit pas plus être enlevé aux créanciers que le droit d'aliéner à la femme, et ce point n'est plus contesté aujourd'hui. Il n'en a pas toujours été ainsi : M. Bertauld (2) a combattu la saisissabilité, sous prétexte de rétablir l'égalité de traitement, après la séparation de biens, entre les immeubles et les meubles. « Pourquoi, disait-il, le placement immobilier des deniers dotaux ne serait-il pas aussi inviolable que le placement mobilier ?.. Pourquoi des créanciers qui n'ont pas la femme dotale

(1) En note dans S. 53.2.173.

(2) *Rev. crit.*, 1866, p. 193 et s. Cet article est reproduit dans les *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, t. I, p. 503 et s. Le passage qui nous intéresse se trouve aussi en note dans S. 67. 2.317.

pour obligée, pourraient-ils lui faire subir, comme femme dotale, l'épreuve de conversions de placements, contre lesquelles elle serait abritée, si elle n'avait immobilisé sa dot?... Lorsqu'il est fait des deniers dotaux un emploi mobilier, la dot court les chances heureuses ou malheureuses des placements : pourquoi le placement immobilier serait-il soumis à une autre loi ? » De cette argumentation si pressante nous ne croyons pas qu'il faille s'effrayer. Elle tombe tout entière, s'il est vrai, comme nous l'avons montré, que la théorie de la représentation des valeurs dotales s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles (1). Resteraient seulement les objections qui pourraient être formulées contre l'attribution aux créanciers de la plus-value de tous les biens, meubles et immeubles, donnés en paiement ou acquis des deniers dotaux, et par suite contre le droit de saisie de ces créanciers. Elles se ramènent à deux : l'incertitude où serait placée la femme exposée à des « expropriations sans autre espérance possible que celle de faire sortir un excédant de valeur en sus et par delà la dot mobilière (2) » ; et les risques qu'elle ne verrait pas compensés par les chances heureuses. Ces objections ont été développées à plusieurs reprises par M. Rodière (3).

(1) M. Bertauld avait invoqué à l'appui de sa thèse un arrêt de Grenoble du 1^{er} juillet 1846 (S. 47.2.280). Il faut remarquer que la Cour était influencée par cette circonstance qu'il y avait, en l'espèce, une constitution des biens à venir, parmi lesquels elle comptait à tort la plus-value des parapherinaux renfermant la dot.

Le savant professeur et avocat soutint par la parole, devant la Cour de Caen, la thèse qu'il avait défendue par la plume. Sur sa plaidoirie, la Cour abandonna une jurisprudence plusieurs fois affirmée par elle, pour annuler la saisie pratiquée sur un immeuble renfermant des valeurs dotales « qui, en réalité, dit-elle, est la *dot mobilière consolidée* » (Caen, 15 avril 1870, S. 70.2.117), mais l'arrêt fut cassé par la Chambre civile, le 21 novembre 1871 (S. 71.1.115).

(2) Bertauld, *loc. cit.*

(3) En collaboration avec M. Pont, dans *Journ. Pal.*, 55.2.470, et

« Les créanciers de la femme, dit-il (1), seront perpétuellement aux aguets... Dès qu'une plus-value se produira, ils poursuivront la femme ; ils l'obligeront à payer ou à laisser vendre ; et comme, si elle se laisse exproprier, elle emploiera naturellement de nouveau ses reprises à acheter un nouvel immeuble, cet immeuble pourra, pour la moindre plus-value, être exproprié comme l'autre, et ainsi de suite indéfiniment (2). » Rien de plus exact que ces considérations, mais ce ne sont pas des arguments. La femme subit le sort des débiteurs, et si on lui accorde un droit de prélèvement qui protège les deniers dotaux, ce n'est pas une raison pour détruire le droit des créanciers, déjà souvent compromis par le prélèvement.

L'autre objection est plus spécieuse. « Puisque la dot peut subir des amoindrissements, dit M. Rodière (3), il est juste qu'elle puisse, quand elle se cantonne sur une chose déterminée, recevoir des augmentations ; si elle peut varier dans un sens, il est juste qu'elle puisse varier dans l'autre. Nous comprenons parfaitement un pendule à l'état fixe ; nous le comprenons très bien aussi oscillant à droite et à gauche ; mais nous ne le comprenons plus n'oscillant que dans un sens. » La jurisprudence, allons-nous voir, a cherché à *fixer* la situation de la femme, sans supprimer le droit de saisie. Mais, en fin de compte, les mesures qu'elle impose aux créanciers aboutiront à les

dans leur *Traité*, t. III, p. 2.197 ; contrairement au rapport de M. Pont, en note dans S. 70.1.185.

(1) En note dans S. 70.1.186, col. 3.

(2) On voit les conséquences. « Que la femme se garde bien d'améliorer son immeuble et de l'embellir. Ce serait précisément le moyen de le perdre ». Bien plus, « que l'immeuble n'augmente pas de valeur, mais soit à la convenance d'un créancier qui en aimera le site ou les dispositions, la femme devra transporter ailleurs ses pénates » (note, dans *Journ. Pal.*, 55.2.470).

(3) En note dans S. 70.1.185, col. 3.

écarter de la saisie, et la femme restera en possession de son paraphernal et de sa dot amoindris. A cela nous répondrons, qu'avant l'inclusion, la femme avait une créance en restitution, dont la prospérité du mari ne pouvait élever le montant; et cependant les reprises pouvaient être compromises par l'insolvabilité du mari.

Les créanciers ont donc droit à la plus-value des paraphernaux renfermant des valeurs dotales, qui ne saurait accroître à ces valeurs. C'est l'espoir de la plus-value qui constitue leur intérêt, et par suite leur droit à saisir. Comme, avant l'adjudication, on est dans l'incertitude sur le produit éventuel de la vente, le tribunal ne saurait annuler la saisie sous prétexte de défaut d'intérêt. C'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes, le 30 novembre 1899 (1), « considérant qu'il serait téméraire d'affirmer dès à présent que le prix d'adjudication n'atteindra pas l'estimation qui en a été faite; que le contraire peut se produire, et que cette éventualité suffit pour justifier l'intérêt à continuer la poursuite de saisie commencée ». Mais pour le cas où l'événement viendrait à tromper les prévisions des créanciers (2), ne faut-il pas leur imposer certaines mesures pour assurer le remboursement intégral de la dot? La jurisprudence pense généralement que la dotalité renfermée exige cette restriction de la saisie. « Les hésitations des arrêts, dit M. Chauveau (3), ne portent que sur le choix du procédé le meilleur pour assurer le recouvrement des valeurs dotales. »

Certaines Cours ont exigé le remboursement intégral de la dot. « Tirant de l'idée de gage toutes les conséquences qu'elle comporte, elles en ont fait découler pour la femme

(1) *Gaz. Pal.*, 1900.1.5.

(2) On peut supposer aussi que des créanciers, sans espoir de collocation, veuillent néanmoins exproprier la femme.

(3) En note dans *Pand.* 95.2.241, col. 2.

un véritable *droit de rétention* (1). » C'est ainsi que la Cour de Montpellier, par arrêt du 18 février 1853 (2), interrompit les poursuites jusqu'à ce remboursement : « attendu que ce n'est pas là infirmer le titre du créancier ; mais seulement restreindre ce titre dans ses limites rationnelles et juridiques ». La Cour de Bordeaux, le 14 mai 1857 (3), exigea non plus le remboursement, mais la consignation préalable du montant de la dot « distraction faite de toutes les charges » (4).

D'autres arrêts ne sont pas allés si loin. Au lieu d'un paiement préalable en deniers, le créancier poursuivant peut se contenter de signer la promesse de faire porter le prix d'adjudication à un chiffre suffisant pour couvrir la dot. Pour certains, il suffit d'une simple promesse (5). D'autres exigent davantage. D'après un arrêt de Caen du 6 juillet 1866 (6), la saisie et la vente sont subordonnées « à la condition que la femme dotale aura la garantie de trouver dans le produit de la vente et jusqu'à concurrence de ce produit, sa dot mobilière ». La Cour de Grenoble, le 4 mars 1868 (7), exigeait une caution, en imposant au poursuivant, en cas d'insuffisance du prix d'adjudication, de « compléter lui-même le remboursement (8).

(1) Gauthier, *op. cit.*, p. 103.

(2) S. 53.2.173.

(3) S. 57.2.547. V. aussi Aix, 6 janvier 1890, S. 90.2.154.

(4) Le considérant est à noter. « Il appartient aux tribunaux, de prendre, quand il est temps encore, toutes les mesures nécessaires pour conserver entière la dot à la famille. »

(5) Riom, 8 août 1843, S. 44.2.590 ; Caen, 27 décembre 1860, S. 61.2.284 ; Agen, 19 avril 1891, S. 93.2.97 ; trib. Seine, 16 février 1899, *Droit*, 25 avril 1899.

(6) S. 67.2.347.

(7) S. 68.2.207.

(8) Quelques décisions indiquent la procédure à suivre. L'arrêt précité de Riom exige un « acte notifié à l'avoué », dans le mois de la signification de l'arrêt. La Cour d'Agen exige de même un « acte

La Cour de cassation ne s'est pas explicitement prononcée sur la question. Toutefois, le 16 mars 1897 (1), la Chambre civile cassa un arrêt de Montpellier « en ce sens que l'arrêt attaqué a omis d'examiner s'il n'y avait pas des mesures à prendre pour assurer à la femme sur le prix des immeubles saisis, le recouvrement de sa dot ». Il ne s'ensuit pas que, dans la pensée de la Cour, l'obligation de ces mesures s'impose. Elle devrait, ce nous semble, l'écarter, si elle avait à se prononcer. « L'économie générale de notre législation repousse cette restriction aux droits des créanciers », dit M. Lespinasse (2). Imposer toutes ces obligations, c'est consacrer une véritable insaisissabilité dans tous les cas où la valeur totale de l'immeuble ne serait pas très supérieure au montant des sommes dotales employées à son acquisition. Quel est, en effet, le créancier qui oserait dans de telles conditions assumer les risques d'une voie d'exécution, susceptible d'entraîner pour lui cette conséquence étrange de le constituer débiteur de son propre débiteur ? (3) Aussi bien, certains arrêts et jugements ont-ils résisté au courant général. Ils ont pensé que poser des restrictions à la saisie, « ce serait méconnaître l'esprit de la législation qui nous régit » (4), établir une règle qu'on ne trouve « ni dans un texte législatif ni dans la nature des choses » (5), créer une « quasi-dotabilité » (6), « une véritable insaisissabilité de l'immeu-

d'avoué à avoué ». Le tribunal de la Seine prescrit de calculer la mise à prix dans le cahier des charges.

(1) S. 97.1.265.

(2) *Rev. crit.*, 1880, p. 446.

(3) V. note anonyme, dans D. 92.2.569.

(4) Montpellier, 21 février 1851, S. 53.2.673.

(5) Toulouse, 24 février 1860, S. 60.2.306.

(6) Trib. Lombez, 19 février 1891, S. 93.2.97.

ble » (1), « une sorte de dotalité purement arbitraire » (2).

Ce système qui concilie les intérêts en présence a le grand mérite de laisser intact le droit des créanciers. « Il ne faut pas oublier, dit l'arrêt de Toulouse de 1860, que la femme a pu donner des droits à son créancier sur le fonds ; qu'elle ne peut, sans inconséquence reconnaître qu'il est devenu le gage de sa créance et mettre des entraves à l'exercice de l'action qui lui appartient. » D'autre part, et nous empruntons un judicieux considérant de la Cour de Nîmes, que nous retrouvons dans l'arrêt précité de Rennes, si l'immeuble représente les deniers dotaux, « il ne les représente que jusqu'à concurrence de sa valeur réelle... telle qu'elle sera révélée par le prix d'adjudication ». Il n'y a pas à redouter, comme pour l'aliénation à l'amiable, que le paraphernal soit vendu à tout prix : la procédure est organisée, sous la garantie des tribunaux, pour faire rendre tout ce qu'il peut à l'immeuble. Enfin, s'il y a une différence entre les deniers inclus et le prix d'adjudication, ce n'est pas toujours la femme qui en pâtira. S'agit-il d'un bien acquis en son nom et de son consentement par le mari, il se peut qu'il n'ait pas répondu à la valeur dotale qui a servi à l'acquérir, qu'il ait été payé trop cher, que le mari *y ait trop mis*. C'est lui, comme administrateur, qui doit répondre de cette faute et indemniser la femme.

Toutefois, ce système qui abandonne le droit de prélèvement de la femme à l'aléa des enchères (3), ne cadre pas bien avec celui qu'a bâti la jurisprudence pour le cas d'aliénation. Il a aussi, aux yeux de M. Lambert (4), ce

(1) Nîmes, 11 janvier 1899, *Gaz. Pal.*, 99.2.678, sur renvoi de l'arrêt de Cassation du 16 mars 1897.

(2) Rennes, 30 novembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1900.1.5.

(3) La femme, partie saisie, ne peut enchérir elle-même.

(4) En note dans *Pand.*, 96.1.324, col. 2.

grand tort qu' « il dénature le caractère de la dotalité renfermée parce qu'il sort de la conception erronée qui en fait un privilège » (1). Aussi bien conclut-il à un troisième système. « Titulaire d'un droit réel principal, et non accessoire d'une créance, la femme jouira de la situation qui est assurée au copropriétaire, à l'usufruitier, au titulaire d'une servitude, à quiconque a sur l'immeuble un droit réel et indépendant. L'adjudicataire devra subir l'action en restitution de la dot comme il devra subir l'action en nullité ou en rescision intentées du chef de son auteur. » Assurément, ce système, en assimilant la situation de l'adjudicataire à celle de l'acheteur et du donataire, donne un peu d'unité à la théorie ; mais il ne nous semble guère pratique. Au lieu d'une construction juridique symétriquement ordonnée et dont toutes les parties se répondent, n'est-il pas plus sage de s'en tenir à un système qui concilie les droits de la femme et ceux des tiers (2) ?

Ce droit de prélèvement sur le prix d'adjudication fixé par les enchères, auquel nous réduisons la femme en cas de saisie, est universellement reconnu par la jurisprudence (3) ; et il faudrait remonter à un arrêt de la Cour de

(1) Cela ressort visiblement de l'arrêt de Toulouse de 1860. « La situation du fonds ne changeant pas relativement aux droits à exercer sur le prix, on doit pouvoir agir contre la femme comme on aurait agi contre le mari ; dans ce cas aussi, la femme n'aurait pas été écoutée si elle avait demandé qu'avant de donner suite à sa saisie, le poursuivant lui assurât le paiement de ses reprises ; ... il doit en être de même quand c'est elle qui possède, puisqu'elle ne peut que poursuivre son paiement *privilegié* sur le prix. »

(2) Ce droit réel suivant l'immeuble entre les mains de l'adjudicataire, serait une grave dérogation à la purge de plein droit opérée par la transcription de l'adjudication sur saisie.

(3) Grenoble, 11 juillet 1857, S. 57.2.549 ; Cass., 1^{er} décembre 1857, S. 58.1.257 ; Agen, 18 mai 1858, S. 58.2.373 ; Cass., 21 novembre 1871, S. 71.1.115 ; Montpellier, 26 juillet 1889, *Loi*, 16 février 1890 ; trib. Lombez, 19 février 1891, S. 93.2.97 ; Toulouse, 25 février 1891, *Gaz. Midi*, 12 avril 1891 ; Toulouse, 27 juin 1892,

Bordeaux du 5 février 1829 (1), pour rencontrer un refus formel de le sanctionner. Nous lui reconnaissons la même nature qu'en cas d'aliénation : c'est un droit réel principal. En cas de saisie, il s'exerce, non plus sous la forme d'une action en nullité, mais sous la forme d'une demande en distraction. La femme demande à distraire ses deniers dotaux, comme elle le ferait pour un immeuble dotal englobé dans une saisie d'immeubles paraphernaux. Les créanciers ont le droit de saisie, dit M. Wahl (2), « quittes à laisser *distraire* au profit de la femme une portion du prix correspondant aux valeurs dotales qui ont servi à l'acquisition ». M. Planiol est plus explicite. « Le prélèvement de la femme, dit-il (3), n'est pas l'effet d'un privilège qui lui donnerait la priorité sur les autres créanciers... ; c'est bien plutôt une sorte de *demande en distraction* par laquelle elle soustrait aux poursuites de ses créanciers une valeur qui n'est pas saisissable. »

Malgré ce caractère de droit réel principal, la jurisprudence ne traite pas le droit de prélèvement ou de *prélibation* (4) autrement que les privilèges et hypothèques, accessoires de créance. La femme dotale participe donc à l'ordre ouvert sur le prix de son paraphernal représentant la dot, comme elle viendrait à l'ordre ouvert sur le prix des immeubles d'un tiers dont elle est créancière, ou sur le prix des immeubles de son mari débiteur de la dot. Faute par le saisissant de le faire dans les huit jours de la transcription de l'adjudication, la femme peut requérir l'ouverture de l'ordre et la nomination d'un juge-commissaire.

S. 93.2.188 ; trib. Bagnères, 25 juin 1895, S. 96.2.309 ; Cass., 16 mars 1897, S. 97.1.265 ; Nîmes, 11 janvier 1899, *Gaz. Pal.*, 99.2.678 ; Rennes, 30 novembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1900.1.5.

(1) S. 29.2.188.

(2) En note dans S. 95.2.289.

(3) En note dans D. 96.1.315, col. 1.

(4) Trib. Grenoble, 24 juillet 1893, S. 95.2.289.

saire, s'il n'y a pas de juge commis aux ordres (1). Si la tentative de règlement amiable échoue, il semble qu'on doit tenir compte de la présence de la femme, pour décider d'après le nombre des participants à l'ordre (plus ou moins de quatre) s'il faut ouvrir un ordre judiciaire, ou renvoyer l'affaire devant le tribunal. Quelle que soit la procédure adoptée, le juge-commissaire, par un règlement provisoire (2) ou le tribunal, par un jugement, auront à procéder au classement du droit de prélèvement, et c'est à ce sujet que des difficultés peuvent surgir (3).

En principe, la femme passera dans l'ordre avant ses créanciers purement chirographaires; mais cette règle n'est pas absolue. Il y aurait exception, d'abord, pour le cas, où la femme se serait formellement reconnu, dans son contrat de mariage, la capacité d'engager sa dot (4). « Les immeubles substitués aux valeurs dotales sont aussi pleinement disponibles que ces valeurs elles-mêmes. La subrogation réelle ne peut évidemment imprimer au bien subrogé un caractère d'inaliénabilité qui n'a jamais appartenu aux meubles (5). » Dans certains cas aussi, la loi reconnaît aux créanciers de la femme dotale le droit de poursuivre sur les biens dotaux l'exécution de leurs engagements : ils peuvent les saisir comme les

(1) On sait qu'à cause de la difficulté des problèmes qu'elle soulève, la solution des ordres est confiée, depuis la loi du 21 mai 1858, dans les tribunaux où cette mesure est nécessaire, à un ou plusieurs magistrats spéciaux. Aux difficultés inhérentes aux ordres sont venues se joindre celles de la dotalité renfermée.

(2) Ce règlement peut être contesté par des dires insérés au procès-verbal et qui nécessiteront l'intervention du tribunal.

(3) Remarquons que si la femme avait négligé de produire à l'ordre dans le délai, elle perdrait son droit de prélèvement, comme elle l'aurait perdu en négligeant la publicité.

(4) Cass., 18 juin 1895, S. 99.1.509; D. 96.1.169 et note Poncet; *Pand.*, 96.1.321 et note Lambert.

(5) Lambert, en note dans *Pand.*, 96.1.323, col. 1.

paraphernaux. S'ils ont un tel droit sur les biens affectés de dotalité dans leur pleine propriété, on ne saurait le leur refuser sur des valeurs dotales, lors même qu'elles seraient renfermées dans un paraphernal. « Les particularités du régime dotal, dit M. Wahl (1), s'appliquent à la valeur dotale qui s'est absorbée dans un immeuble paraphernal, dans la mesure où elles s'appliquent aux immeubles dotaux eux-mêmes. » Il faut donc enlever son prélèvement à la femme, à l'égard des créanciers qui sont en droit de saisir les biens dotaux : elle ne viendra qu'après eux dans l'ordre. Indiquer les créanciers qui jouissent du droit de saisie sur les biens dotaux, c'est désigner en même temps ceux qui n'ont pas à souffrir du droit de prélèvement de la femme. Il s'agit uniquement d'étendre les règles de la dotalité pleine et entière à la dotalité contenue, et de les transposer, si l'on peut dire, sur un mode mineur : tout cela déborde le cadre de notre étude.

Nous n'avons donc pas à rechercher dans quelles conditions peuvent être préférés à la femme, les créanciers antérieurs au contrat de mariage (2), ou ceux dont la créance est née de la loi ou de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits (3), voire même de contrats (4). Mais une question plus spéciale doit nous arrêter un instant : le règlement du concours entre le droit de prélèvement et les créances privilégiées. Il est généralement reconnu, à bon droit, que la femme sera primée par les frais de justice. Cela résulte notamment de l'arrêt de Riom, du 8 août

(1) En note dans S. 95.2.289.

(2) Par exemple, il faudrait exiger d'eux la certitude de la date comme en cas de dotalité tout court. V. Debrand, *De la notion de tiers*, p. 387 et s.

(3) V. Montpellier, 6 janvier 1896, *Mon. jud. Midi*, 6 janvier 1896.

(4) Ainsi faudrait-il reconnaître le droit de passer dans l'ordre avant sa mère mariée sous le régime dotal, à l'enfant créancier d'une certaine somme pour son établissement.

1843 (1), qui impose au poursuivant la promesse préalable de la dot « indépendamment des frais de la saisie immobilière » (2). Mais que décider pour les privilèges spéciaux du vendeur, du copartageant, de l'architecte ?

Ce n'est pas la préexistence de leur privilège qu'il faut invoquer pour préférer à la femme le vendeur qui a mis dans le patrimoine de cette femme le bien contenant la dot, ou le copartageant qui a un privilège sur un bien de cette nature.

N'est-il pas inexact de faire du privilège du vendeur « un droit réel qui tient lieu au vendeur de la propriété foncière qu'il vient de transmettre,... la propriété conservée sous certains rapports,... le démembrement nécessaire pour le paiement du prix de vente » (3) ? C'est donner beau jeu aux défenseurs de la femme dotale, comme M. Wahl, qui n'a pas manqué de relever cette erreur (4). « Au point de vue juridique, fait aussi remarquer M. de Loynes (5), le privilège est moins une réserve conventionnelle qu'une création de la loi, et comme il est l'accessoire de la créance du prix, il ne naît en réalité qu'un instant de raison après le transfert de la propriété. » Mais peu importe cette naissance postérieure du privilège. Dans l'hypothèse où un paraphernal est acquis de deniers dotaux qui ne sont pas encore payés, peut-on dire que la dot y est incluse ? Le

(1) S. 44.2.590.

(2) La Cour de Toulouse qui, par arrêt du 24 février 1860 (S. 60.2.306) écarte ces exigences, reconnaît qu'« en l'absence de ces précautions, la femme est menacée d'une perte, ne dût-elle résulter que de la diminution qu'éprouvera la valeur des biens par le prélèvement des frais de poursuite et d'ordre ».

(3) Hureaux, *Rev. prat.*, t. XXXVII, p. 517, n° 464 et s. V. aussi Aix, 20 janvier, S. 94.2.72.

(4) En note dans S. 95.2.289.

(5) En note dans D. 98.2.306. V. aussi Chauveau, en note, dans *Pand.*, 95.2.241.

titre d'acquisition a bien pu mentionner l'affectation des deniers d'origine dotale. C'est la publicité requise pour tenir les tiers en éveil, et c'est, au point de vue chronologique, la première condition de la dotalité renfermée, la condition de forme. Mais il est une autre condition dont la preuve seule peut autoriser la femme à faire son prélèvement : c'est la condition de fond, la réalité du paiement avec des deniers dotaux. Tant que cette condition n'est pas remplie, la femme ne peut se réclamer de la protection de la loi, et « la théorie de la dotalité incluse n'a rien à faire ici » (1). D'ailleurs, et subsidiairement, la jurisprudence pourrait invoquer les arguments qu'elle donne en cas de dotalité du bien lui-même, soit absolue, soit partielle (2). Elle ferait aussi remarquer que la dotalité incluse ne saurait soustraire la femme aux conséquences des dispositions légales établissant des droits au profit des tiers. Il en va du privilège du vendeur comme des servitudes qui n'ont rien à redouter de la dotalité. Enfin, la femme n'est pas autorisé à scinder les effets de son contrat, à invoquer contre le vendeur l'acquisition qu'elle a faite, et à méconnaître le privilège qui assure l'exécution des engagements qu'elle a contractés (3).

C'est la même solution, basée sur les mêmes motifs qu'a donnée la jurisprudence pour le privilège du copartageant (4), et nous l'appliquons également à la dotalité

(1) Vigié, *Rev. crit.*, 1897, p. 499.

(2) Aix, 7 décembre 1832, S. 33.2.251 ; Nîmes, 11 janvier 1882, S. 82.2.137 ; Aix, 20 janvier 1894, S. 94.2.72 ; Rouen, 8 août 1894, S. 95.2.245 ; trib. Grenoble, 7 mars 1895, D. 96.2.348 ; Rennes, 24 mai 1895, *Pand.*, 95.2.241 et note Chauveau ; trib. Le Havre, 6 janvier 1899, *Pand.*, 1900.2.76 ; Rouen, 6 mai 1899, *Pand.*, 1900.2.139 ; Cass., 30 juillet 1900, *Gaz. Trib.*, 9 août 1900.

(3) V. Vigié, *Rev. crit.*, 1897, p. 493 et s. ; de Loynes, en note dans D. 98.2.306. *Contrà* : Wahl, en note dans S. 95.2.289.

(4) Limoges, 16 juin 1860, S. 61.2.330 ; Montpellier, 24 janvier

renfermée. Comme le dit la Cour de Nîmes, « le partage n'ayant d'autre objet que de déterminer la part de propriété de chacun des copartageants dans la chose commune, ... les choses mêmes dont l'indivision a cessé et sont échues à la femme doivent répondre dans ses mains de l'exécution du partage ». Nous ne croyons pas, comme M. Wahl (1), qu'aux yeux du législateur, le principe de la dotalité soit plus respectable que celui de l'égalité des partages. La femme dotale figurant au partage a qualité pour y prendre les engagements qui en découlent et subir le privilège qui garantit ces engagements. « S'il en était autrement, fait remarquer M. Vigie (2), les copartageants et la femme dotale auraient les uns par rapport aux autres une situation différente, ce qui serait contraire à l'essence du partage. »

Il se peut, enfin, que la femme dotale fasse élever des constructions sur un fonds représentant la dot. L'architecte impayé peut saisir l'immeuble, comme tous les créanciers. Mais va-t-il pouvoir opposer son privilège au droit de prélèvement de la femme ? On sait que ce privilège porte sur la plus-value de l'immeuble, lors de la vente sur saisie. D'après la ventilation opérée pour fixer la partie du prix afférente à la plus-value, et celle qui correspond au fonds, plusieurs hypothèses sont à distinguer pour régler le concours de l'architecte et de la femme. La plus simple hypothèse serait évidemment celle où la partie du prix représentant le fonds s'élèverait au montant des deniers inclus. La femme serait désintéressée, sans qu'il en coûtât rien au privilège de l'architecte (3). Mais au cas où

1895, S. 95.1.179 ; Cass., 18 novembre 1895, S. 97.1.65 et note Wahl.

(1) En note dans S. 97.1.65.

(2) *Rev. crit.*, 1897, p. 501.

(3) A plus forte raison, toute difficulté serait écartée si cette partie du prix était supérieure à la dot.

la femme ne serait pas remplie de sa dot sur la portion du prix afférente à l'immeuble, doit-elle s'en contenter, ou bien, peut-elle exercer son droit de prélèvement à l'encontre du privilège de l'architecte ?

La question n'a jamais été examinée sous cette forme par la jurisprudence ; mais la Cour d'Aix, par un arrêt du 10 juillet 1899 (1), a fixé les droits de l'architecte pour le cas de dotalité de l'immeuble. Elle a décidé que, malgré l'incorporation des constructions au fonds dotal, l'immeuble pouvait être saisi, et le privilège exercé dans la limite de la plus-value déterminée par une ventilation. La Cour alléguait à bon droit, que le privilège était « engendré par la force même des choses et consacré par la législation indépendamment de la volonté des parties intéressées ». La conservation de la dot était assurée à la femme par la distraction et l'emploi d'une somme égale à la valeur de l'immeuble avant les travaux qui l'ont amélioré. A s'en tenir à cette solution, il faudrait décider, à plus forte raison, pour le cas de dotalité renfermée, que le prélèvement de la femme doit céder devant le privilège de l'architecte. Remarquons bien, en effet, que la jurisprudence ne reconnaît pas à la femme le droit de distraire le montant des deniers dotaux mis dans l'acquisition, mais seulement la valeur des fonds, moins la plus-value due à la construction. En réalité elle pouvait perdre une partie de sa dot.

Aussi bien, M. Charmont (2) croit-il que « le tempérament qu'on apporte à l'effet de la saisie n'est pas pleinement suffisant et qu'on aurait pu, en s'inspirant de la

(1) *Pand.*, 1900.2.129, et note Henry ; D. 1900.2.241 et note de Loynes. Ce même arrêt avait été rapporté dans un cahier antérieur du même recueil, à la date du 11 juillet, et un arrêtiste anonyme l'avait combattu, contrairement à M. de Loynes qui l'approuve. V. D. 1900.2.191.

(2) *Rev. crit.*, 1901, p. 79.

pratique suivie en matière de dot incluse, concilier plus étroitement l'exercice du privilège et la conservation de la dot ». Il propose, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, de reconnaître à la femme le droit de prélever la totalité de sa dot. Si l'on admet cette doctrine, n'est-ce pas aussi la même solution qu'on devrait donner, malgré le privilège de l'architecte, lorsqu'il s'agit de dotalité incluse ? A coup sûr, c'est à elle qu'on devrait s'arrêter si l'on refuse tout droit de saisie à l'architecte, en cas de dotalité en propriété, sous prétexte d'empêcher la femme de tourner l'article 1558 qui nécessite l'autorisation de justice pour engager la dot dans des dépenses de conservation (1).

Bien entendu, la femme devrait passer dans l'ordre après les privilèges grevant déjà l'immeuble lorsqu'elle est devenue propriétaire (2). « On ne concevrait pas que la faveur accordée à la femme pût aller jusqu'à lui sacrifier des droits acquis et préexistants..., elle n'est devenue propriétaire que moins le privilège réservé. » Pour les mêmes motifs, la solution serait identique pour les hypothèques préexistantes (3), et cette question nous conduit à nous demander si la femme peut opposer son droit de prélèvement aux hypothèques par elle constituées sur le paraphernal contenant la dot, pendant le mariage.

En principe, la femme ne peut pas compromettre la dot incluse par une constitution d'hypothèque, bien qu'elle puisse le faire par une aliénation en versant à un créancier dont la dot n'est pas l'obligée, le prix effectivement touché par elle (4). Comme le fait remarquer M. Ber-

(1) En ce sens : Guillouard, t. IV, n° 1734.

(2) Trib. Grenoble, 24 juillet 1893 et Grenoble, 20 février 1894, S.95.2.289, et note Wahl ; D.98.2.305 et note de Loyens.

(3) Rouen, 6 juillet 1843, S. 43.2.52.

(4) Cass., 1^{er} décembre 1857, S. 58.1.257 ; Agen, 18 mai 1858, S. 58.2.373 ; Toulouse, 27 juin 1892, S.93.2.188.

tauld (1), « l'emploi actuel de la dot mobilière, et la promesse d'un emploi futur sont choses essentiellement différentes. L'emploi actuel, si abusif qu'il soit, est irrévocable, parce qu'il n'était soumis à aucune condition. La promesse d'emploi ne saurait participer à l'irrévocabilité d'un fait accompli ; elle n'est qu'un engagement et la femme dotale, pendant le mariage, ne peut pas plus contracter d'engagements valables sur la dot mobilière que sur la dot immobilière ». Il faudrait, toutefois, excepter les hypothèses où la femme peut s'engager sur la dot et où le droit de prélèvement prime les créanciers chirographaires eux-mêmes, de même que les cas, sur lesquels nous reviendrons, où l'inclusion de la dot a cessé, notamment par le fait d'un emprunt hypothécaire.

Mais la femme peut-elle demander au tribunal, dans les cas de l'article 1558 (2), l'autorisation de renoncer à son droit de prélèvement en constituant hypothèque ? Au cas spécial de garantie d'une créance alimentaire, la Cour de cassation a jugé, le 16 mars 1897 (3), que « les immeubles saisis ayant été reconnus paraphernaux, le caractère alimentaire de la dette ne pouvait exercer aucune influence sur la solution du litige ». Si nous comprenons bien l'arrêt, c'est seulement pour hypothéquer un immeuble dotal que l'autorisation pourra être demandée au tribunal et on ne pourra pas solliciter celle d'engager la dot incluse. Il n'y a donc pas à rechercher si, en fait, la femme a obtenu l'autorisation. Il suffit de constater la dotalité renfermée pour écarter cette recherche (4). « On ne peut nier, fait

(1) *Revue crit.*, 1866, t. XXIX, p. 200, et *Quest. prat. et doctr.*, p. 502.

(2) Ce sont les cas où l'immeuble dotal peut être hypothéqué avec l'autorisation du tribunal, et par suite saisi par les créanciers hypothécaires.

(3) S. 97.1.265, et la note ; D. 98.1.81 et la note.

(4) C'est ainsi que l'entend l'annotateur du Sirey. « Qu'importait,

remarquer l'arrêtiste du Dalloz, que cette solution entraîne en fait une singulière anomalie : quand le créancier a pour débitrice une femme dotale, il peut au moyen de l'autorisation judiciaire visée par l'article 1558, obtenir que le caractère dotal et inaliénable de l'immeuble soit levé en faveur de sa créance. Mais cette autorisation ne pouvant être demandée quand il s'agit d'immeubles paraphernaux, même lorsqu'ils ont été acquis avec des deniers dotaux non sujets à emploi ou représentant le prix d'immeubles aliénés sans charge de emploi, il en résulte que, lors de la saisie, le créancier se trouvera, malgré le caractère de la créance, primé par la femme à laquelle il a fait confiance et dépourvu de tout gage sérieux ». Aussi bien, s'il est vrai que la Cour suprême ait sanctionné un tel état de choses, nous nous inscrivons en faux contre sa doctrine. Elle ruine le crédit de la femme en lui refusant le droit de renoncer à la protection légale avec l'autorisation du tribunal, alors qu'elle peut obtenir le droit d'hypothéquer ses immeubles purement dotaux (1). Il nous semble que la femme pourrait être autorisée sinon à hypothéquer les paraphernaux représentant la dot, ce qui est inutile, tout au moins à engager avec eux les deniers dotaux qu'ils renferment.

Si c'est le juge-commissaire qui a rédigé l'ordre provisoire, d'après les principes que nous venons d'indiquer, la femme aura le droit de contester le règlement par un dire inséré à la suite du procès-verbal et de saisir ainsi le tribunal. Au cas où elle serait privée par un jugement de son droit de prélèvement, le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière ne s'oppose pas à ce que ce jugement acquière, durant le mariage, l'autorité de la chose jugée (2).

dit-il, le caractère alimentaire de la dette, qui n'a sa place qu'autant qu'il s'agit d'un immeuble dotal ? »

(1) V. note Boutaud, dans S. 98.1.354.

(2) V. Cass., 5 juillet 1900, *Rec. Gaz. Trib.*, 1901.1.11.

Dans la huitaine de l'expiration du délai d'appel (ou de la signification de l'arrêt d'appel), le juge-commissaire rendra une ordonnance de clôture, susceptible elle aussi d'opposition, par un dire inséré au cahier des charges. L'exécution de cette ordonnance consistera dans la délivrance de bordereaux de collocation. La femme aura le sien qui sera dotal, et nous sortons de la dotalité renfermée pour revenir à la dotalité pure et simple.

Jusqu'ici, c'est à propos d'immeubles que nous avons envisagé la saisie et la distribution du prix des parapher-naux renfermant des valeurs dotales. C'est, en effet, le cas de beaucoup le plus fréquent. Mais le droit de prélèvement aurait aussi à s'exercer dans la distribution par contribution, dont les différentes saisies mobilières sont le préliminaire obligé. S'il s'agit de meubles meublants, par exemple, ce sera la saisie-exécution, et dans la distribution qui suivra, il faudra tenir compte des privilèges spéciaux, pour les préférer, semble-t-il, au droit de prélèvement de la femme, comme nous l'avons décidé à propos des privilèges immobiliers.

CHAPITRE VII

DE LA CESSATION DE LA DOTALITÉ RENFERMÉE.

Nous avons vu dans quels cas et à quelles conditions la dotalité renfermée pouvait grever un immeuble, et nous en avons analysé les conséquences : il nous faut dire maintenant à quelle époque et de quelle manière elle prend fin. Il est certain d'abord que les deniers dotaux contenus perdent leurs caractères d'inaliénabilité et d'insaisissabilité dans la mesure où tous les autres biens dotaux, non engagés dans des paraphernaux, cessent d'être soumis au régime dotal. Mais ce n'est pas tout. Le droit de prélèvement que nous avons reconnu à la femme, s'épuise en s'exerçant. La vente ou la saisie du paraphernal, dont nous avons parlé, peuvent ne l'avoir pas complètement épuisé, et la donation ne l'a jamais amoindri. Nous aurons donc à examiner l'extinction de ce droit de prélèvement demeuré sur la tête de la femme, alors qu'elle a cessé d'être propriétaire du paraphernal. Sans qu'elle ait cessé de l'être, nous verrons que l'emprunt opéré par la femme pour procurer au mari les fonds dotaux immobilisés, épuise aussi son droit de prélèvement. Enfin, la dot est si intimement unie au paraphernal qui la contient et la renferme, qu'elle ne peut pas échapper au contre-coup des événements qui atteignent ce bien. Il nous faudra alors rechercher quels peuvent être ces faits et quelle est leur répercussion sur la dotalité renfermée.

La cause la plus normale de cessation de la dot incluse sera bien la dissolution du mariage, qui met fin à l'inalié-

nabilité dotale. Son support enlevé, la dotalité contenue ne peut moins faire que de tomber. De même qu'elle ne peut naître après le mariage, elle meurt de sa disparition. Les femmes veuves ou divorcées, ou, à plus forte raison, les héritiers des femmes décédées, titulaires de paraphernaux représentant la dot, ne peuvent invoquer leur droit de prélèvement à l'égard des créanciers envers lesquels ils s'obligeront par la suite. Mais, nous l'avons vu, si l'inclusion de la dot, à proprement parler, n'est plus possible, le mariage dissous, un autre phénomène qui la rappelle, peut se produire. Un bien libre peut devenir le réceptacle de deniers qui étaient dotaux, et qui sont restés insaisissables relativement aux créanciers contemporains du mariage. Parallèlement, lors de la dissolution du mariage, les deniers dotaux renfermés demeureront insaisissables à l'égard des mêmes créanciers. La *dotalité renfermée* se dégradera, se déclassera ; ce ne sera plus, si l'on veut, qu'une *insaisissabilité relative renfermée*. Nous admettons cette survivance partielle de la dotalité, non seulement lorsque la femme voit dissoudre le mariage par la mort du mari ou le divorce, mais aussi lorsqu'elle décède, laissant ses paraphernaux à des héritiers quelconques, descendants ou collatéraux, bénéficiaires ou non (1). Les créanciers contemporains du mariage n'auront droit qu'à la plus-value, comme pendant le mariage, mais peu importe que cette plus-value soit antérieure ou non à la dissolution (2).

Même avant que l'inaliénabilité dotale prenne fin, l'*inclusion* des deniers dotaux peut cesser soit pas l'*exclusion*

(1) Cela résulte de l'incapacité de la femme. « Tout ce qu'elle a fait pendant le mariage ayant trait à sa dot est frappé d'une nullité relative qu'elle ou ses représentants feront valoir » (Labbé, *Rev. crit.*, 1856, t. II, p. 9).

(2) M. Rodière (en note dans S. 70.4.186, col. 3) semble exiger que la plus-value de l'immeuble se soit produite avant la dissolution du mariage. Mais la raison de cette distinction nous échappe.

ou l'*effusion* de la dot, si l'on peut dire, soit par l'anéantissement du paraphernal qui la contient.

Au cas de vente, si le prix égale le montant des deniers dotaux, la dotalité renfermée cessera complètement. L'inaliénabilité qui garantissait les deniers se reportera sur cette créance qui suivra la loi commune des meubles dotaux. Si la dot est inférieure à cette créance, elle sera renfermée en elle, comme elle était contenue dans le paraphernal, dont la créance a pris la place. Il y a simple *transfusion* de la dot, comme au cas d'échange : la dotalité renfermée ne cesse pas, mais va affecter un autre paraphernal. Enfin, si le paraphernal est donné gratuitement, ou bien s'il est vendu moins cher qu'il n'avait été acheté, ou bien même, pour quelques-uns, s'il est adjugé sur saisie et ne donne pas un prix suffisant pour désintéresser la femme, la dotalité renfermée continue à grever le paraphernal. Le droit de prélèvement reste fixé sur la tête de la femme et peut s'éteindre isolément.

L'arrêt de Grenoble du 1^{er} juin 1897 (1) offre un double parti au tiers détenteur du paraphernal. Il peut le délaisser, ou payer le montant intégral de la dot. Le premier procédé remet les choses en l'état, en rendant l'immeuble à la femme avec les deniers inclus. Par le second moyen, au contraire, la dotalité renfermée cesse définitivement : les deniers dotaux sont effectivement versés au mari, ou à la femme séparée de biens. Ces deux modes de dégrèvement du paraphernal sont communs à l'acquéreur et au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Mais à la différence de ce dernier, il n'a ni le bénéfice de discussion, ni l'exception de garantie. Il n'a pas davantage le droit de purger, au sens technique du mot. La procédure du chapitre VIII du titre « *Des privilèges et hypothèques* » ne

(1) D. 98.2.430.

s'applique qu'aux droits inscrits, et l'on sait que le droit de prélèvement n'est pas soumis à l'inscription. Quant à la procédure du chapitre IX, elle est spéciale à l'hypothèque légale de la femme mariée et du mineur.

L'extinction du droit de prélèvement de la femme ne sera pas plus consignée par une radiation sur les registres du Conservateur, que ne l'avait été sa naissance. Cette clandestinité est dangereuse pour les tiers détenteurs, car rien n'empêchera la femme d'exercer à nouveau son droit contre un sous-acquéreur ignorant le premier prélèvement, ou dans l'impossibilité d'en faire la preuve. Il est toutefois un mode d'extinction qui écarte ce danger : nous voulons parler de la prescription. Les interprètes qui voient dans le droit de la femme un véritable privilège ont appliqué ici les conséquences de leur idée. « Il nous semble, dit M. Regnault (1), que les tiers détenteurs pourraient, le cas échéant, opposer à celle-ci la prescription de dix à vingt ans, conformément à la disposition de l'article 2180, 4° du Code civil. » La nature que nous avons attribuée au droit de prélèvement nous conduit à une solution différente. C'est un droit réel s'exerçant sous la forme d'une action en nullité, à laquelle nous appliquerons la prescription décennale de l'article 1304.

A la différence de l'aliénation, la constitution d'hypothèque ne semble pas capable, en principe, de faire ressortir la dot. Elle n'est que l'amorce et la condition d'une saisie postérieure par le créancier hypothécaire, et d'une adjudication, qui pourront seules dégager les deniers. Cela ne fait pas de doute au cas où la femme hypothèque l'immeuble paraphernal pour garantir une créance antérieure ou pour cautionner un tiers ; mais en sera-t-il toujours ainsi, si la femme confère une hypothèque à un prêteur

(1) *Op. cit.*, p. 110.

de deniers ? Ne peut-elle pas faire argent, battre monnaie avec son immeuble, aussi bien en l'hypothéquant qu'en l'aliénant ? Par suite, l'emprunt hypothécaire ne peut-il pas faire *suer* la dot, tout comme la vente amiable ou forcée ?

La question s'est posée, à propos d'une affaire dont nous avons déjà parlé plusieurs fois, à divers sujets. Une dame Lacaÿ, mariée sous le régime dotal, avait reçu la promesse d'une dot de 70.000 francs. Le constituant vint à mourir avant de s'être libéré, et, dans son testament, il instituait comme légataire universelle la femme dotale, sa créancière. Celle-ci hypothéqua un immeuble trouvé dans le legs, pour un emprunt de 100.000 francs, qu'elle versa à son mari. Plus tard, le prêteur ayant saisi l'immeuble hypothéqué, la femme opposa son droit de prélèvement pour les 70.000 francs constitués en dot et qu'elle disait reposer dans l'immeuble. La Cour de Pau lui donna tort, le 24 janvier 1890 (1). « Si par suite de son engagement et de l'hypothèque consentie sur le domaine de Mazères, disait l'arrêt, la femme Lacaÿ a procuré à son mari les fonds prêtés par la dame Jynch, elle n'a fait qu'acquitter volontairement la dette qu'avait contractée sa tante dont elle était la légataire universelle ;... qu'ainsi la dette a été payée régulièrement et entre les mains de qui de droit ; qu'elle ne peut pas être l'objet d'un second paiement qui s'opérerait par voie de prélèvement. » La Chambre des requêtes maintint cet arrêt, le 3 juin 1891, sur un rapport de M. le conseiller Cotelle.

La dame Lacaÿ soutenait que par son legs universel, la dot de 70.000 francs qui lui restait due s'était incorporée dans le domaine hypothéqué, et qu'en autorisant l'acceptation du legs, le mari avait renoncé au droit de faire ces-

(1) S. 93.1.5 et note Labbé.

ser l'*investissement* de la dot. N'étant plus dès lors créancier d'une somme exigible, le mari a reçu à titre de prêt, et non pas à titre de paiement de sa dot, les sommes que sa femme lui a procurées par son emprunt hypothécaire. Le terrain où se plaçait la femme était excellent, car si le mari avait pu renoncer à sa créance, il n'aurait pas fallu dire que par l'emprunt garanti sur le paraphernal « *la dot en avait été exprimée comme on exprime le jus d'un fruit* (1) ». La femme en aurait retiré des deniers quelconques qu'elle pouvait prêter au mari, comme à un tiers, sans éteindre son droit de prélèvement. Mais le mari restait créancier de la dot incluse et, si l'inclusion l'empêchait de réclamer le capital, il avait droit aux intérêts. En lui versant les fonds, la femme les imputait sur la créance de la dot. « Tout débiteur qui paie, fait remarquer M. Cotelle, est présumé le faire pour se libérer, puisqu'autrement il deviendrait lui-même créancier, ce qui donnerait lieu à une compensation légale: » Par suite, la dot avait bien été exprimée, et le droit de prélèvement était éteint. Le rapporteur a une heureuse expression, aussi exacte que pittoresque, pour répondre à la femme qui prétendait exercer son droit à nouveau. « Ce serait par un étrange abus, dit-il, *tirer double mouture d'un même sac* que de faire subir le prélèvement de la dot à ceux qui ont avancé les fonds de cette même dot. »

La Cour suprême sanctionna les conclusions du rapporteur, mais comme elles mettaient en ligne de compte d'autres considérations très sérieuses, il n'est pas sûr que le motif tiré de l'exclusion de la dot eût suffi à la déterminer. Il eût dû suffire, croyons-nous, dans les circonstances très favorables du procès: les sommes provenant de l'emprunt avaient été versées au mari, qui n'avait

(1) Labbé, en note dans S. 93.1.6, col. 2.

pas encore touché la dot. Mais faut-il étendre la solution au cas d'emprunt hypothécaire après la séparation de biens ? On l'a soutenu. « La femme a été payée de sa dot, dit Troplong (1), par l'argent que le créancier a versé entre ses mains et qu'elle a reçu de celui-ci au même titre et d'une manière aussi légitime que si son mari l'eût payée en argent dans les termes du contrat de mariage. » Et Marcadé (2) conclut : « N'est-il pas clair qu'elle ne peut pas plus avoir recours dans le second cas que dans le premier pour défaut d'un emploi que son contrat ne stipule pas ? » Cette théorie nous semble contestable. Il est vrai que lorsque la femme séparée est remboursée en deniers par son mari, elle peut dissiper sa dot du moment que la jurisprudence n'en prescrit pas l'emploi. Mais lorsqu'elle reçoit un immeuble en paiement, il n'en va pas de même : on peut alors prévenir les actes qui compromettraient la dot. Si la femme procède à un emprunt hypothécaire, ce ne sont pas des deniers dotaux qu'elle touche, et son droit de prélèvement demeure intact.

Après avoir parlé du cas où les deniers dotaux sortent du paraphernal par le fait ou la négligence de la femme, il nous reste à dire un mot de l'hypothèse où le sort du contenant, c'est-à-dire du paraphernal, influe sur celui du contenu, c'est-à-dire des deniers renfermés. La propriété du paraphernal se déplacera sans s'éteindre, en cas de vente, d'adjudication ou d'échange, et, de ce chef, il pourra y avoir transfusion de la dot dans la créance du prix ou dans le bien acquis en contre-échange. Dans l'hypothèse d'une prescription acquisitive, qui, elle aussi, est un mode de transmission, le droit de prélèvement ne serait pas atteint et suivrait le bien entre les mains du nouveau pro-

(1) *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3192, p. 247.

(2) T. VI, p. 46, art. 1553, IV. V. aussi Regnault, *op. cit.*, p. 161.

priétaire. Mais la propriété du paraphernal s'éteindrait en cas de perte totale. Nous avons vu ce qui arrivait en cas de perte partielle, c'est-à-dire de moins-value : la dot comprimée par le resserrement du paraphernal reprend sa valeur, d'après la jurisprudence, en cas de vente, de donation, de saisie (1). De moins-values en moins-values, notamment pour les meubles, ou tout d'un coup, à la suite d'un incendie (2), par exemple, le paraphernal peut périr en entier. Dans cette hypothèse, il est bien évident qu'il ne peut y avoir ni vente, ni donation : on ne traite pas sur le néant, à moins d'une erreur annulant le contrat. Faute de moyen de la faire ressortir, la dot est perdue sans retour.

A la perte matérielle, on peut opposer l'éviction : il semble bien que la créance en-garantie serait subrogée au paraphernal dans la représentation des deniers dotaux, par analogie de la dotalité pure.

(1) Toutefois, la jurisprudence la plus récente laisse à la femme le risque des moins-values en cas de saisie.

(2) La créance d'indemnité ne serait pas plus subrogée, croyons-nous, dans la représentation des deniers dotaux, qu'elle ne l'est dans la dotalité. Elle est la contre-partie des primes payées, et non pas de l'immeuble incendié.

CONCLUSION

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la date de naissance de la dotalité renfermée, de cette « dotalité bâtarde » (1) trouvée par la jurisprudence, à l'insu de la loi. Tandis que M. Planiol la fait remonter à 1839, M. Martin remarque, qu'en 1846, la Cour de Grenoble ne l'accepte pas. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui elle est bien établie, malgré sa « monstruosité juridique » (2). Mais si l'on est obligé de compter avec elle devant les tribunaux, il est bien permis à la doctrine de la juger à son tour.

M. Lambert, qui lui est très favorable, reconnaît qu'elle a des allures un peu désordonnées, et propose avec hardiesse, ce nous semble, de faire revivre en elle la vieille théorie des rentes foncières dont elle serait la descendante légitime. « Il me semble, dit-il (3), qu'il suffirait de reprendre la notion de la dette foncière et de l'analyser, pour en faire sortir une réglementation des effets de la représentation des valeurs dotales par les paraphernaux dans les rapports de la femme et des tiers, à la fois simple, logique et conforme aux exigences de la pratique. »

D'autres ont regretté que la jurisprudence n'ait pas fait l'économie d'une architecture nouvelle, bâtie sur nouveaux frais, alors qu'après la séparation de biens, on aurait pu s'accommoder de la dotalité. « Il fallait, pour protéger la femme, dit M. Vigié (4), décider que toutes les

(1) Troplong, *op. cit.*, t. IV, p. 244.

(2) Labbé, en note dans S. 93.1.5.

(3) En note dans *Pand.*, 96.1.324, col. 2.

(4) *Rev. crit.*, 1897, p. 492.

fois que la dot mobilière se transformerait, après séparation de biens, en immeubles, il y aurait transformation légale de la dot, et que celle-ci devenue immobilière, serait inaliénable. » M. Planiol pense aussi qu'on aurait évité de la sorte « une situation anormale, pleine de dangers pour la pratique, pleine de difficultés pour la théorie ». Mais ils reconnaissent que par l'organisation de la publicité, la jurisprudence a fait disparaître les inconvénients les plus graves de la dotalité renfermée.

Malgré ces améliorations, certains auteurs pensent encore que « s'il est triste de voir une dot en danger, il est plus affligeant de voir le magistrat donner le spectacle de l'usurpation d'un pouvoir qu'il ne tient pas du législateur » (1). Ils refusent aux tribunaux le droit d'intercaler entre les feuillets du Code des pages blanches à remplir à leur gré. « Cette théorie, dit M. Lyon-Caen (2), a le grand avantage de sauvegarder la dot et, à ce titre, elle est conforme au but de protection pour la femme qu'ont en vue ceux qui stipulent le régime dotal. Toutefois, n'y a-t-il pas là seulement, pour employer une expression à la mode, une de ces constructions savantes très bien adaptées aux besoins de la pratique, mais en dehors de la loi, dans lesquelles excelle la Cour de cassation ? Il est permis de le penser. »

C'est, en effet, une théorie utilitaire. Aussi bien a-t-on vu dévier la plume de certains jurisconsultes, dans la rédaction de rapports à portée pratique immédiate. Par exemple, l'arrêt de la Chambre civile du 12 avril 1870, appliquant la dotalité incluse aux donations, fut rendu au rapport de M. Pont, et celui de la Chambre des requêtes du 31 janvier 1842 visant la vente amiable, au rapport de

(1) Toulouse, 24 février 1860, S. 60.2.305.

(2) En note dans S. 1904.1.6.

Troplong. Cependant ces deux auteurs combattent dans leurs ouvrages l'inclusion de la dot (1). Ils lui reprochent de créer à la femme une troisième catégorie de biens et d'établir une affectation, à titre de sûreté, sur un immeuble dont elle est propriétaire.

M. Huc s'en prend aussi à la fantaisie des formules employées par les arrêlistes. « Il n'y a là, dit-il (2), que de pures affirmations appuyées de quelques métaphores. » Nous avons vu, en effet, par exemple, qu'on a individualisé le paraphernal pour en faire le débiteur de la dot. Mais il fallait bien imaginer des expressions pour caractériser cette nouveauté juridique, pour poser et résoudre ce « nouveau problème de la dotalité (3) ».

MM. Le Courtois et Surville critiquent la terminologie des arrêts. « En se référant, disent-ils (4), à un arrêt de la Cour suprême du 12 avril 1870, on y voit que l'immeuble paraphernal acquis avec des deniers dotaux en est *le gage et la représentation*. Cette dernière qualification est assez vague. Quant à la première, beaucoup plus précise, elle est inexacte. En effet, le nantissement immobilier se nomme antichrèse. Allons-nous donc considérer le mari comme un créancier antichrésiste, dispensé, il est vrai, de toute publicité, mais dont le droit serait subordonné à la conservation de la possession de l'immeuble ? Non évidemment. » Ils auraient pu trouver ces expressions ailleurs

(1) Le collaborateur de M. Pont, M. Rodière, le lui rappelle dans une note insérée sous l'arrêt, au Sirey. « Nous avons, avec M. Pont, combattu cette doctrine qui aurait le résultat étrange d'une exception au principe qu'on ne peut être créancier de soi-même, ni avoir un droit de gage sur sa propre chose. »

(2) *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IX, n° 454.

(3) Lespinasse, *Rev. crit.*, 1880, p. 440.

(4) *Op. cit.*, t. III, n° 1864.

que dans l'arrêt de 1870 et avant cette date, par exemple dans celui de la Cour de Caen du 6 juillet 1866. C'est un cliché reproduit par toutes les décisions, qui manque de netteté et même d'exactitude, mais auquel il ne faut pas attacher trop d'importance. Ce n'est qu'un signe distinctif pour classer les phénomènes de dotalité renfermée, une marque de la fabrication jurisprudentielle.

Le véritable point de vue où l'on doit se placer pour juger la théorie est celui de l'inaliénabilité de la dot mobilière. « Comme le système que nous combattons, dit M. Guillouard (1), garantit l'inaliénabilité de la dot mobilière transformée et que le nôtre ne la protège pas, nous ne sommes pas surpris de son succès ; il rentre dans la série des moyens admis par la jurisprudence pour protéger la dot mobilière, et nous reconnaissons qu'étant donné le point de départ qu'elle adopte, l'inaliénabilité de la dot mobilière, cette solution est logique. »

Sans revenir sur cette règle qui sert de pivot à la dotalité renfermée, nous ajouterons simplement ici que l'inaliénabilité de la dot mobilière est trop fortement établie, pour qu'on puisse aujourd'hui songer à la détruire. Il y a véritablement prescription, si l'on peut dire, et les bénéficiaires de la protection se verraient trop sérieusement lésés par un revirement de jurisprudence. « Trop d'intérêts considérables sont engagés, reconnaît M. Regnault (2), trop de contrats de mariage ont été rédigés précisément en vue et en considération de l'inaliénabilité de la dot mobilière, pour que la jurisprudence puisse raisonnablement et équitablement abandonner le point de vue auquel elle s'est placée jusqu'ici. Abandonner la doctrine de l'ina-

(1) *Op. cit.*, t. IV, n° 2088.

(2) *Rev. crit.*, 1896, p. 437, note 1.

liénabilité de la dot mobilière, serait une véritable atteinte portée à des droits acquis... Lorsqu'une jurisprudence est considérée comme faisant la loi non seulement devant les tribunaux, mais dans la pratique notariale, depuis aussi longtemps que la jurisprudence de l'inaliénabilité de la dot mobilière, la raison même qui devrait s'opposer à un revirement sur ce point, serait qu'il ne pourrait se produire qu'avec effet rétroactif. »

Vu :

ALBERT TISSIER.

Vu :

Le Doyen de la Faculté
de Droit de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 20 mai 1904,
Le Recteur de l'Académie,
CH. ADAM,
Correspondant de l'Institut.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	4
CHAPITRE I. — Généralités sur l'inclusion de la dot	15
CHAPITRE II. — Des dispositions et de la modification du contrat de mariage qui empêchent, permettent ou imposent la dotalité renfermée.	44
I. — De la clause d'emploi ou de remploi.	45
II. — De la constitution de biens à venir	51
III. — De l'adjonction d'une société d'acquêts.	57
IV. — De la séparation de biens.	60
V. — De l'absence d'emploi ou de remploi, ou de l'em- ploi dont le prix seul sera dotal	65
CHAPITRE III. — Des faits qui réalisent l'inclusion de la dot.	71
I. — De l'acquisition de deniers dotaux.	71
II. — De la dation en paiement.	82
III. — De la dévolution héréditaire	89
CHAPITRE IV. — Des conditions de publicité et de preuve.	102
CHAPITRE V. — De la jouissance et de l'aliénation des paraphernaux renfermant des va- leurs dotales	112
I. — De la jouissance.	112
II. — De l'aliénation à titre onéreux.	115
III. — De l'aliénation à titre gratuit.	121

CHAPITRE VI. — De la saisie et de la distribution du prix des paraphernaux représentant la dot	132
CHAPITRE VII. — De la cessation de la dotalité ren- fermée	151
CONCLUSION.	159

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
